Die Erledigung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät

der

Universität zu Rostock

eingereicht

von

Carl Brucker
Referendar a. D. in Bonn.

BONN
Rhenania-Verlag, Buch- und Steindruckerei
1914.

Referent:

Professor Dr. Wachenfeld.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0117

Inhaltsübersicht.

		Seite
I. Einleitung	§§ 1—3	9
1. Allgemeine Voraussetzung für die „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache"	§§ 1—2	9
2. Die Bestimmungen der C. P. O. über die „Erledigung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache"	§ 3	11
II. Die „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" in Literatur und Rechtsprechung	§§ 4—10	14
1. Zusammenhänge und Gegensätze zwischen der „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" und der Klagezurücknahme (§ 271 C.P.O.) sowie dem Verzicht auf den Klageanspruch (§ 306 C. P. O.)	§§ 4, 5	14
2. Grundsätzliche Zulassung einer von Klagezurücknahme und Verzicht auf den Klageanspruch wesensverschiedenen „Erledigung des Rechtsstreits" über die in den §§ 628, 640 C. P. O. erwähnten Fälle hinaus. — Die Ansichten über die Schranken der Zulassung in den einzelnen Fällen	§§ 6—8	20
3. Die Einordnung des in Frage stehenden Verfahrens in das System des Civilprozesses	§§ 9—10	29
III. Die „Erledigung des Rechtsstreits" durch den Untergang des Klageanspruchs ohne Wegfall einer Partei	§§ 11—17	35
1. Das Urteil in der Hauptsache	§§ 11—13	35
2. Das Urteil im Kostenpunkt	§§ 14—17	42
a) Grundsätzliche Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 93 C. P. O.	§ 14	42
b) Prozessuale Voraussetzungen für die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 93 C. P. O. im einzelnen	§§ 15—17	44

		Seite
IV. Die „Erledigung des Rechtsstreits" infolge des durch den Wegfall einer Partei bedingten Unterganges des Klageanspruchs	§§ 18—25	52
1. Das Urteil in der Hauptsache	§§ 18—19	52
a) Unzulässigkeit eines in der Sache selbst entscheidenden Urteils nach § 325 C. P. O.	§ 18	52
b) Inhalt des Urteils, seine Unabhängigkeit von den Parteianträgen und sein Charakter als Urteil zur Hauptsache	§ 19	56
2. Das Urteil im Kostenpunkt	§§ 20—25	60
a) Möglichkeit einer Kostenentscheidung . .	§ 20	60
b) Unmittelbare oder analoge Anwendung des § 91 C. P. O.?	§§ 21—22	63
c) Abhängigkeit dieses Urteils von den Parteianträgen	§ 23	70
d) Untrennbarkeit des Kostenurteils von dem Urteil in der Hauptsache	§ 24	72
e) Unzulässigkeit eines Versäumnisurteils . .	§ 25	73
V. Die „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" beim Untergang des Klageanspruchs vor Zustellung der Klage	§§ 26—28	75
1. Der Einfluß der Klagezustellung auf den Prozeßbeginn als allgemeine Voraussetzung für die Zulässigkeit der „Erledigung des Rechtsstreits"	§ 26	75
2. Die Erstattung der dem Kläger durch die Einreichung der Klage entstandenen Kosten bei Befriedigung des Klägers vor Klagezustellung	§§ 27—28	79
a) Rechtscharakter des Kostenerstattungsanspruchs	§ 27	79
b) Art und Weise der Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs	§ 28	82

Literaturverzeichnis
und Erklärung der Abkürzungen.

Auerbach: Versäumnisurteil über die Kosten bei erledigter Hauptsache in Jur. W. 1911, S. 905 ff.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

Busch: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Berlin.

CPO. = Civilprozeßordnung.

Eccius: Die eventuelle Aufrechnung in Gruchot 42, S. 15 ff.

Eccius: Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach dem B. G. B. in Gruchot 42, S. 233 ff.

Ederheimer: Über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten bei Erledigung der Hauptsache nach Zustellung der Klage in Busch 31, S. 61 ff.

Francke: Wesen und Sonderrecht der Verbindlichkeit zur Erstattung gegnerischer Prozeßkosten in Busch 6, S. 64 ff.

Gerson: Die Erledigung des Klageanspruches während des Prozesses in Busch 19, S. 262 ff.

Gmelin: Prozeßkostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache in „Recht" 1907, S. 1290 ff.

Görres: Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht in Busch 35, S. 313 ff.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin.

Hahn: Beschränkung des Klageantrages in Gruchot 30, S. 517 ff.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig. 1901.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena. 1900.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Leipzig. 1909.

Hörle: Die Kostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache in „Recht" 1912, S. 471 ff.

Jur. W. = Juristische Wochenschrift. Berlin.

KG. = Kammergericht.

Landsberg: Zwischen Einreichung und Zustellung der Klage in Gruchot 36, S. 236 ff.

Lazarus: Die Erledigung der Hauptsache im Civilprozesse in Gruchot 52, S. 593 ff.

LG. = Landgericht.

Linckelmann: Erledigung der Kosten bei Zahlung der Streitsumme nach Einreichung der Klage vor Zustellung derselben in Jur. W. 1884, S. 264.

Mannherz: Die Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache in Gruchot 49, S. 66 ff.

Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts. Berlin.

Nissen: Zur Struktur des Prozeßkostenanspruchs in Gruchot 52, S. 386 ff.

OLG. = Oberlandesgericht.

Peters: Die Anbringung des Antrages auf vorläufige Einstellung oder Aufhebung der Zwangsvollstreckung in den Fällen der §§ 686—90 C. P. O. in Gruchot 29, S. 653 ff.

Pfizer: Zur Lehre von der Prozeßkostenersatzpflicht in Gruchot 30, S. 98 ff.

Pinner: Der Kostenpunkt bei Erledigung der Hauptsache vor Zustellung der Klage in Jur. W. 1886, S. 370 ff.

Recht, das: Zeitschrift, herausgegeben von Soergel, Hannover.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ROLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig.

Salinger: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache in Gruchot 47, S. 81 ff.

Schlichter: Verfahren bei Zahlungseinrede im Verhandlungstermine in Busch 26, S. 499 ff.

J. A. Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München und Berlin. (Zitiert: Seuff. A.)

J. A. Seuffert: Blätter für Rechtsanwendung. Erlangen-Nürnberg.

L. v. Seuffert: Kommentar zur C. P. O. 11. Aufl. München. 1910, Bd. I.

Staub: Zwei Kostenfragen in Jur. W. 1886, S. 210 ff.

Stein: Kommentar zur C. P. O. 10. Aufl. 1911. Tübingen, Bd. I.

Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis. 2. Aufl. Bd. II.

Struckmann-Koch: Kommentar zur C. P. O. 8. Aufl. 1901. Berlin.

Waldner: Lehre von den Prozeßkosten nach österreich. Prozeß- und Privatrecht.

Waldstein: Wie ist über die Kosten der Klageeinreichung zu entscheiden, wenn sich der Hauptanspruch vor der Klagezustellung erledigt? in Gruchot 35, S. 616 ff.

Warneyer: Regelung des Kostenpunktes, wenn sich die Hauptsache zwischen Einreichung und Zustellung der Klage erledigt in J. A. Seufferts Blätter f. Rechtsanw. 1910, S. 766 ff.

Wilmowski-Levy: Kommentar zur C. P. O. 7. Aufl. 1895.

Wohlfahrt: Versäumnisurteil über die Kosten des Rechtsstreits bei erledigter Hauptsache in Jur. W. 1911, S. 700 ff.

Anonymer Verfasser: Der Kostenpunkt bei Erledigung der Hauptsache vor Zustellung der Klage in Jur. W. 1886, S. 368 ff.

Anonymer Verfasser: Zur zweiten Kostenfrage in Jur. W. 1886, S. 372.

Anonymer Verfasser: Erstattung der Kosten bei Zahlung der Streitsumme nach Einreichung der Klage und vor Zustellung derselben in Jur. W. 1884, S. 190.

I. Einleitung.

1. Allgemeine Voraussetzung für die „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache".

§ 1.

Während des Rechtsstreits können außerhalb des Verfahrens Ereignisse eintreten, welche die Tatsachen, auf die der Kläger seinen Anspruch gründet oder den Rechtssatz, auf Grund dessen er jenen Anspruch als Rechtsfolge aus dem Tatbestand der Klage herleitet, derart berühren, daß das Klagebegehren des Klägers nicht mehr begründet ist.

Soweit hierbei unübertragbare Rechte in Betracht kommen, kann das den Klageanspruch beseitigende Ereignis auch zugleich unmittelbar den Untergang einer Prozeßvoraussetzung bedeuten, nämlich dann, wenn es sich um den Wegfall einer Partei, die Repräsentant des Anspruchs in passiver oder aktiver Beziehung gewesen ist, handelt. Wirtschaftlich kann der Eintritt der Tatsache für den Kläger Erfolg oder auch Mißerfolg bedeuten: Erfolg insofern, als die eingetretene Tatsache den Zustand, zu dessen Herbeiführung die Klage erhoben ist, außerhalb des Rechtsstreits schafft. Der Kläger kann aber auch durch das Ereignis an der prozessualen Erreichung seiner Zwecke gehindert werden, da die Erfüllung seines Klageanspruches — Erfüllung nicht nur in dem in den §§ 362 ff. BGB. gebrauchten Sinne verstanden — unmöglich geworden ist. Soweit im ersteren Falle das außerprozessuale Ereignis als solches sich nicht mit dem in der Klage enthaltenen Verlangen an den Beklagten deckt, wo also insbesondere nicht von einer wirklichen, mit dem animus solvendi geleisteten Erfüllung des Klagebegehrens, vielmehr nur von einer Zweckerreichung gesprochen werden kann, ist es oft zweifelhaft und schwierig

zu entscheiden, welche Bedeutung man dem an sich farblosen Erlöschen des Klageanspruches beimessen soll.

Das jedoch muß betont werden, daß in den dieser Abhandlung zu Grunde gelegten Fällen das betr. nach dem Prozeßbeginn eingetretene Ereignis unmittelbar auf das materielle Recht des Klägers selbst einwirkt und zwar so einwirkt, daß die Klage nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Nicht hierher gehören daher solche Fälle, in denen eine derartige Tatsache nur auf die prozessuale Beweisbarkeit des dem Klageantrag zu Grunde liegenden materiell-rechtlichen Tatbestandes und nur auf den Willen des Klägers von Einfluß ist, das behauptete Recht selbst aber nicht berührt wird. Es kommt z. B. ein Beweismittel — ein Zeuge, eine Urkunde — in Wegfall, das für den Beweis des bestrittenen Rechts von ausschlaggebender Bedeutung war. Statt den Klageanspruch zu erfüllen, erkennt der Beklagte diesen lediglich außergerichtlich an, womit sich der Kläger zufrieden gibt [1]). Der Kläger hält den Rechtsstreit nur von seinem Standpunkt aus für erledigt, weil er sich von der Aussichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung überzeugt hat [2]) [3]).

1) So in dem von dem O. L. G. Stuttgart entschiedenen, in Seufferts Archiv erwähnten Fall (Bd. 40, S. 95, Busch 2, S. 122 ff.). — Hierhin gehört auch der von dem Kammergericht entschiedene Fall (R. O. L. G. 19, S. 651), daß während des Rechtsstreits auf Zahlung der Gebühren das dem Gebührenanspruch zu Grunde liegende Objekt anderweitig festgesetzt wurde. Hierdurch wurde die Klage wegen des Gebührenrestanspruches nicht gegenstandslos, vielmehr wurde nur klargestellt, daß ein dem äußeren Anschein nach zunächst begründeter Anspruch tatsächlich von Anfang an unbegründet war. Weiter sei des von Schlichter (S. 85) angeführten Falles hier gedacht: Nachdem der Kläger den Beklagten darauf belangt hatte, ein ihm von diesem verkauftes Grundstück von nicht übernommenen Hypotheken zu befreien, erklärte er den Rechtsstreit deshalb für erledigt, weil sich der Beklagte mit dem Dritten hinsichtlich der in Frage kommenden Hypotheken geeinigt hatte, obgleich ein derartiges Übereinkommen an sich auf seinen Anspruch gegen den Beklagten ohne Einfluß war.

2) Vgl. die bei Neumann, 10. Jahrg. zu §. 271 C. P. O. unter b zitierten Entscheidungen (ebenfalls Seuff. A. 67 Nr. 117; R. O. L. G. 15, S. 121 und 20, S. 301 sowie R. G. 15, S. 424).

3) Dieser Art ist auch der in Jur. W. 1900, S. 565 zitierte Fall.

§ 2.

Im Folgenden soll nun untersucht werden, in welcher Weise die erwähnte Veränderung in dem materiell-rechtlichen Tatbestand und zum Teil auch in den Prozeßvoraussetzungen selbst auf den schwebenden Rechtsstreit einwirkt. Die Untersuchung soll sich insbesondere darauf erstrecken, inwiefern solche Tatsachen das den Prozeß abschließende Urteil nicht nur seinem Inhalte nach beeinflussen, sondern auch seiner prozessualen Zulässigkeit nach, sowie ob sie dem Kläger nicht ein von der Befugnis zur Klagezurücknahme verschiedenes Recht geben, der veränderten Sachlage Rechnung tragend, von einem weiteren Streit und dem Verlangen nach einem Urteil abzustehen, ohne dadurch Gefahr laufen zu müssen, seines Anspruches auf eine auf das Unterliegen gegründete Entscheidung wegen der Prozeßkosten verlustig zu gehen. Endlich soll Gegenstand dieser Abhandlung die Frage sein, inwiefern die eingetretene Veränderung auf die Kostenentscheidung einwirkt, und welche Voraussetzungen für die Entscheidung im Kostenpunkt maßgebend sind, wenn wegen der erwähnten Umstände der Erlaß eines Urteils in der Hauptsache unzulässig sein sollte.

2. Die Bestimmungen der C. P. O. über die „Erledigung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache".

§ 3.

Die C. P. O. gibt eine ausdrückliche, für alle Fälle geltende Auskunft nicht. Nur für die Fälle, in denen der Untergang des in der Klage geltend gemachten Anspruches mit dem Wegfall der als Repräsentant dieses Anspruchs aufgetretenen Partei untrennbar verbunden ist, ist im Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung getroffen worden; aber auch da nicht für alle Fälle dieser Art, vielmehr nur insoweit, als es sich um den Eheprozeß und um Rechtsstreitigkeiten in

In dem ersteren, der Entscheidung des Reichsgerichts unterliegenden Fall war auf Lieferung von Sachen geklagt. Der Beklagte schickte diese nach Prozeßbeginn im Laufe von Vergleichsverhandlungen zur Einsicht dem Kläger, der darauf auf den Erwerb verzichtete.

Statussachen handelt. Innerhalb dieser Grenzen bestimmt die C. P. O. ausdrücklich, daß der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen sei, falls vor der Rechtskraft des Urteils ein Ehegatte oder entsprechend im Statusprozeß die Eltern oder das Kind sterben. (§§ 628, 640 C.P.O.) Demnach hat unter diesen Voraussetzungen eine Entscheidung über die Parteianträge, wenigstens was die Hauptsache anbetrifft, zu unterbleiben. Das Gericht muß solche Anträge auf jeden Fall unberücksichtigt lassen. Hierbei ist zu bemerken, daß der Ausdruck „erledigt" in einem anderen Sinne als in § 160 C. P. O., wo wir ihn wiederfinden, gebraucht ist. Die Diktion des Gesetzes selbst weist hierauf hin. In § 160 C. P. O. ist nur von einer Erledigung des geltend gemachten Anspruches durch Anerkenntnisse, Verzichtsleistungen und Vergleiche die Rede, da ja Anerkenntnis und Verzicht die Entscheidung zur Hauptsache nicht ausschließen, somit den Rechtsstreit selbst nicht erledigen, im Falle eines Vergleiches zwar eine Entscheidung über den Anspruch nicht ergeht, aber auch keine Rechtskraft, vielmehr nur die Vergleichswirkung eintritt [4]). Dagegen spricht das Gesetz in §§ 628, 640 C. P. O. ausdrücklich von einer Erledigung des Rechtsstreits; also es erübrigt sich auch die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch. Daß die Entscheidung wegen der Prozeßkosten nicht auch ausgeschlossen sein soll, besagt die Einschränkung, daß die Erledigung des Rechtsstreits sich nur auf die Hauptsache beziehe; denn den Gegensatz zur Hauptsache bildet nur die Entscheidung über die prozeßrechtliche Kostenpflicht [5]).

Wie aber die Kostenentscheidung zu lauten habe, ist nicht gesagt, obschon es wünschenswert gewesen wäre; denn, wie später darzulegen sein wird, hat sich darüber, inwiefern in derartigen Fällen die zu fällende Kostenentscheidung auf Grund der Bestimmung des § 91 C. P. O. ergehen könne, ein lebhafter Streit erhoben, der seinen Grund darin hat, daß

4) Hellwig („Rechtsstreit") S. 147, Anm. 9; Lazarus S. 598, Anm. 14.

5) Stein, Anm. I, zu § 99 C. P. O.; R. G. 55, S. 395.

man im Falle des Todes der Partei und der dadurch herbeigeführten Erledigung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache nicht von einer unterliegenden Partei sprechen kann.

Ist nun, was zunächst die Entscheidung zur Hauptsache anbetrifft, allgemein in allen zu Anfang der Abhandlung erwähnten Fällen das in §§ 628, 640 C. P. O. vorgeschriebene Verfahren anzuwenden, und enthalten diese Bestimmungen die ausnahmslos geltende Regel? Schon das besondere, durch starke Abweichungen von dem ordentlichen Verfahren sich auszeichnende Verfahren im Ehe- und Statusprozeß muß Grund genug sein, diese Frage nicht zu bejahen. Eine allgemein gültige Regel lediglich an dieser Stelle zum Ausdruck zu bringen, wäre das ungeeignetste und widerspruchvollste Verfahren. Und zwar muß sich das Gesagte beziehen sowohl auf die grundsätzliche Regelung der Frage, auf die Erledigungserklärung als solche, als auch auf die formale Voraussetzung für ihren Ausspruch, nämlich daß sie von Amts wegen unabhängig von den Anträgen der Parteien zu erfolgen hat. Demgemäß kann die systematische Bedeutung der §§ 628, 640 C. P. O. nur die sein: entweder ist das durch sie geregelte Verfahren ein Ausnahmeverfahren, das sonst in der ganzen C. P. O. seinesgleichen nicht hat, oder die in ihnen vorgeschriebene Erledigungserklärung ist nur die besondere - - vielleicht in Nebendingen abweichende — Anwendung einer allgemeinen Regel. Allgemein wird die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmungen in dem letzteren Sinne aufgefaßt. Auch die folgenden Darlegungen werden — allerdings nicht in diesem allgemein angenommenen Umfange — zu diesem Ergebnis führen.

Da somit die C. P. O. eine ausdrückliche allgemeingültige Antwort auf die vorangestellten Fragen nicht gibt, diese Fragen aber doch auf Grund und in Übereinstimmung mit dem Gesetz gelöst werden müssen, ist der Versuch zu machen, die allgemeingültige Regel aus der Natur unseres Zivilprozesses, aus dem Geiste und dem System des Gesetzes abzuleiten.

II. Die „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" in Literatur und Rechtsprechung.

1. Zusammenhänge und Gegensätze zwischen der „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" und der Klagezurücknahme (§ 271 C. P. O.) sowie dem Verzicht auf den Klageanspruch (§ 306 C. P. O.).

§ 4.

Betrachten wir jedoch zunächst, ehe wir an die Lösung dieser Aufgabe gehen, den Standpunkt, welchen Judikatur und Literatur in der prozeßrechtlichen Behandlung unserer Fälle einnehmen. Durchweg wird dort die Ansicht vertreten und angewandt, daß, falls der Klageanspruch durch gewisse, erst im Laufe des Prozesses eingetretene Ereignisse beseitigt wird, eine Entscheidung zur Hauptsache sich erübrigen könne oder müsse, also nicht nur in den Fällen der §§ 628, 640 C. P. O. eine Erledigungserklärung in Betracht komme [6]). Freilich sind die Voraussetzungen, an die in den einzelnen Fällen diese Zulässigkeit gebunden ist, sehr verschieden und von einander abweichend; aber es wird doch grundsätzlich beim Vorliegen der genannten Haupt-Voraussetzung das in § 628 C. P. O. vorgeschriebene Verfahren für anwendbar gehalten, meist mit der mit der Verhandlungsmaxime mehr in Einklang stehenden Abweichung, daß ein auf eine solche Erklärung hinzielender Antrag einer Partei die unerläßliche prozessuale Voraussetzung bilden müsse [7]).

6) Zum Beleg dessen seien aus der großen Zahl der in diesem Sinne ergangenen Entscheidungen die folgenden angeführt: R. G. *18*, S. 418; *20*, S. 430; *46*, S. 347; *52*, S. 259; *54*, S. 39; *57*, S. 381; *58*, S. 414; *63*, S. 275. Seuff. A. 37 Nr. 342, *38* Nr. 342, *43* Nr. 295, *50* Nr. 215, *51* Nr. 21, *52* Nr. 115, 150. Jur. W. 1900, S. 493, 507, 586, 726; 1902, S. 183; 1903, S. 237/38; 1904, S. 491; 1905, S. 496 (es handelt sich in allen Fällen um Entscheidungen des Reichsgerichts). — R. O. L. G. 20, S. 300, 301; — vgl. auch die bei Neumann zu §§ 91 und 271 C. P. O. zitierten Entscheidungen.

In der Literatur wird diese Ansicht von sämtlichen Kommentatoren sowie auch meistens von den Verfassern der diese Frage behandelnden Monographien wie Pfizer, Gerson, Schlichter, Salinger, Mannherz, Lazarus u. a. vertreten.

7) So u. a. Stein, Anm. III, zu § 91 C. P. O.

Die Zulässigkeit eines solchen, den Rechtsstreit ohne Urteil über die Hauptsache abschließenden Verfahrens — wobei entweder die Hauptsache in der Urteilsformel gar nicht erwähnt oder ausgesprochen wird, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei — aus der C. P. O. ausdrücklich zu erklären, wird in der Rechtsprechung nirgends unternommen. Wir finden in allen diesen Gegenstand berührenden Entscheidungen die Statthaftigkeit der Erledigungserklärung als etwas Selbstverständliches behandelt, also eine Prozeßeinrichtung, deren Bestehen keinem Zweifel unterliegen kann.

In der Literatur dagegen ist gerade die Frage nach den Gründen, die für die allgemeine Erlaubtheit der Erledigungserklärung sprechen, lebhaft erörtert worden. Man hat diesem Institut eine auf der C. P. O. beruhende Grundlage zu schaffen und ihm zum Teil eine Stelle unter den in diesem Gesetz behandelten Einrichtungen anzuweisen gesucht.

Allgemein hat man die Erledigungserklärung zu dem Institut der Klagezurücknahme in engste Beziehung gebracht und vorerst die Notwendigkeit ihrer Zulassung für alle diejenigen Fälle als mit dem Gesetz in Übereinstimmung stehend gefordert, in denen die aus der Klagezurücknahme notwendig folgende Belastung des die Klage zurücknehmenden Klägers mit den Kosten des Rechtsstreits eine offenbare Unbilligkeit enthalte. Überhaupt hat die Frage nach der Prozeßkostenpflicht im Falle des Untergangs des Klageanspruches durch ein nachträglich nach Klageerhebung eingetretenes Ereignis, wie noch zu zeigen sein wird, die Erörterungen über die Zulässigkeit der Erledigungserklärung in nicht geringem Maße beeinflußt, wie denn auch in der Judikatur allgemein weniger Wesen, Art und Voraussetzungen dieser Erklärung als vielmehr die Frage, nach welchen Grundsätzen sich in solchem Falle die Kostenpflicht regele, Gegenstand der Entscheidung ist.

Durchweg wird von dem Fall ausgegangen, daß nach Erhebung der Klage auf Bewirkung einer Leistung der Schuldner seiner Verpflichtung zur Leistung nachkommt und

das dem Klageanspruch zu Grunde liegende Schuldverhältnis durch Erfüllung oder durch eine der Erfüllung in ihren besonderen rechtlichen Wirkungen gleichstehende Handlung [8]) zum Erlöschen bringt, diesen Anspruch selbst also beseitigt. In diesem Falle müßte — sagt man —, wenn der Kläger auf seinem ursprünglichen Klageantrage beharrte, da er klaglos gestellt ist und seit der Erfüllung die eingeklagte Forderung nicht mehr besteht, die Klage abgewiesen und der Kläger nach § 91 C. P. O. mit den Kosten des Rechtsstreits belastet werden. Also muß, das ergibt sich ohne weiteres, dem Kläger ein Weg geöffnet werden, auf dem er, der eingetretenen Änderung in der außerprozessualen Sachlage Rechnung tragend, nunmehr von seinem Klagebegehren Abstand nehmen kann, ohne hierdurch unbillige Nachteile hinsichtlich der Prozeßkosten erleiden zu müssen. Das Nächstliegendste wäre, daß in Fällen dieser Art der Kläger von der ihm im Gesetz gegebenen Möglichkeit, die Klage zurückzunehmen, Gebrauch machen könnte. Allein es ist unbestreitbar, daß solches Verfahren nach dem geltenden Recht unbillig und nicht sachentsprechend wäre. Denn ganz abgesehen davon, daß der Kläger bei diesem Verfahren nicht stets freie Hand hat, vielmehr unter Umständen an die Zustimmung des Beklagten gebunden ist — er also, falls diese nicht erteilt wird, die unbegründet gewordene Klage weiter aufrechthalten muß —, ist der Kläger im Falle der Zurücknahme der Klage stets in allen Fällen verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits auf sich zu nehmen. Die Vorschriften des Gesetzes in diesem Punkte sind so klar, daß ein Zweifel an dem Sinn der Bestimmung des § 271,3 nicht aufkommen kann. Irgend welche Unterschiede in den

8) Der Beklagte rechnet z. B. mit einer während des Prozesses für ihn entstandenen und zur Aufrechnung geeignet gewordenen Gegenforderung auf (Eccius, S. 256/7). Haben sich die Forderungen schon vor der Klage aufrechnungsfähig gegenübergestanden, so wirkt die im Prozeß erfolgte Aufrechnung nach § 389 B. G. B. auf den betr. Zeitpunkt vor der Klage zurück, so daß diese also eine von Anfang an unbegründete und nicht als solche gilt, die sie erst während des Prozesses geworden ist.

sachlichen Gründen, die den Kläger zur Zurücknahme der Klage veranlassen, hat das Gesetz hinsichtlich der Regelung des Kostenpunktes nicht gemacht; und so ist es die durch keinerlei Auslegung zu beseitigende gesetzliche Folge der Klagezurücknahme, daß selbst dann, wenn der Kläger infolge seiner nachträglichen Befriedigung die Klage zurücknimmt, er von der Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, nicht befreit wird. „Unmöglich aber kann", so sagt Lazarus [9]), „der Umstand, daß der Beklagte zahlt, aber der Kläger erreicht, was er mit der Klage bezweckt, die Folge haben, daß er unbedingt die Prozeßkosten trägt." Also muß, so wird gefolgert, eine von der Klagezurücknahme verschiedene Erklärung des Klägers, daß er von dem Klagebegehren in der Hauptsache abstehe, zulässig sein, die dann auch für eine andere Kostenfolge, als wie die Klagezurücknahme sie nach sich zieht, Raum läßt [10]).

§ 5.

Dieser Schluß ist fast allgemein gezogen worden, wenn auch nicht ausnahmslos. Man hat auch an der Klagezurücknahme selbst in dem vorbesprochenen Fall festgehalten, d. h. sie unter allen Umständen allein für zulässig und möglich erklärt. Zwar habe ich für die Schlichtersche Behauptung, die Praxis stehe vielfach auf diesem Standpunkte [11]), in der veröffentlichten Rechtsprechung hierfür keine Belege finden können; in der Literatur dagegen vertritt hauptsächlich Ederheimer diese Ansicht [12]) [13]). An sich ist diese An-

9) S. 596.

10) So auch z. B. O. L. G., Naumburg (R. O. L. G. 15, S. 121).

11) S. 506.

12) Für diejenigen Fälle, in denen die Klaglosstellung ohne Zutun des Beklagten eintritt, scheint Ederheimer allerdings eine Ausnahme machen zu wollen, da er erwägt, ob nicht in solchen Fällen derjenige die Kosten tragen soll, der in der Hauptsache unterliegt oder unterlegen wäre, wenn das Urteil zur Zeit der Klageerhebung gefällt worden wäre (S. 69/70).

13) Unklar ist in dieser Beziehung Gerson. Nach ihm handelt es sich um eine Zurücknahme der Klage bei einer freiwilligen, infolge Klagelosstellung erfolgenden Beschränkung des Klageantrages (S. 265/66), während er hinwiederum Prozeßlagen kennt, in denen ein

nahme nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Denn es muß berücksichtigt werden, daß die Erklärung der Klagezurücknahme an eine besondere Form nicht gebunden ist, da sie nicht ausdrücklich abgegeben zu werden braucht und auch durch schlüssige Handlungen geschehen kann. Demgemäß kann auch darin, daß ein Antrag zur Hauptsache weder gestellt noch aufrechterhalten wird, eine Zurücknahme der Klage liegen [14]). Ist doch der Antrag zur Hauptsache der wesentlichste Bestandteil der Klage, ohne den es eine solche nicht geben kann [15]).

Falsch ist es aber jedenfalls, wenn — wie Schlichter [11]) berichtet — um die nicht passenden Folgen der Klagezurücknahme im Kostenpunkt auszuschalten, nunmehr in dieser Hinsicht eine Ausnahme von der Bestimmung des § 271 C. P. O. gemacht und die Kostenentscheidung zu Lasten des Beklagten erlassen werden sollte. Zwar gelangt man so, insbesondere im Falle der Befriedigung des Klägers nach Klageerhebung, zu einer materiell richtigen Kostenentscheidung, allein nur auf Kosten eines Verstoßes gegen klare Gesetzesbestimmungen. Die Zulässigkeit einer solchen zugunsten des Klägers ergehenden Kostenentscheidung läßt sich mit dem Wesen der Klagezurücknahme keinesfalls vereinbaren. Da diese nämlich die Rechtshängigkeit der Hauptsache aufhebt, und wenn, wie Obermeyer gegen Birkmeyer mit Recht bemerkt, die Hauptsache nicht rechtshängig ist, auch hinsichtlich der Kostenfrage keine Rechtshängigkeit bestehen kann und es dann kein Siegen und Unterliegen im Prozeß mehr gibt und somit die Voraussetzungen zur Ver-

Erledigungsantrag des Klägers zulässig und nicht lediglich ein Verzicht oder eine Zurücknahme der Klage sein soll (S. 267). Sicher kann es sich doch entweder nur um Klagezurücknahme oder Verzicht oder aber um überhaupt keines dieser beiden Institute handeln. Welche Fälle der letzteren Art Gerson im Auge hat, sagt er nicht.

14) R. G. 75, S. 285; Lazarus S. 594.

15) Im Gegensatz zu der Berufungs- und Revisionsschrift, die einen solchen Antrag nur enthalten sollen (§§ 518, 519, 553, 554, C. P. O.). Doch kann auch in der Nichtstellung eines Antrages zur Hauptsache in der Berufungsinstanz eine Zurücknahme der Klage gesehen werden (R. G. 65, S. 35; Jur. W. 1907, S. 108).

urteilung in die Tragung der Prozeßkosten fehlen, muß mit der Zurücknahme der Klage in der Hauptsache auch das Begehren im Kostenpunkt in Wegfall kommen [16]). Von diesem Irrtum hält sich Ederheimer frei. Soviel man seine Ansicht, daß auch dann, wenn der Beklagte während des Rechtsstreits erfüllt und daraufhin der Kläger von der weiteren Klage absteht, der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, aus sonstigen Gründen auch anfechtbar und falsch finden kann, so zieht er doch damit die aus der Annahme einer Klagezurücknahme allein zulässige Folge.

Hahn [17]) will in solchem Fall auch die Klagezurücknahme nicht für gestattet halten. Er hält dafür, daß, falls der Kläger seinen Antrag um einen bestimmten Betrag mindere, indem er Zahlung empfangen zu haben bekenne, zweifellos Verzicht vorliege [18]). Diese Annahme schließt also ein Urteil in der Hauptsache nicht aus, macht es vielmehr, wenn der Beklagte es beantragt, notwendig, und verpflichtet, da es auf Abweisung lautet, den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das ist zwar auch hier richtig und kann allein zur Begründung der Hahnschen Ansicht herangezogen werden: daß nämlich wie die Klagezurücknahme auch der Verzicht nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht, daher in der geschilderten Einschränkung des Klageantrags ein Verzicht wohl erblickt werden kann [19]). Aber einmal spricht gegen diese Ansicht doch das von Hahn selbst als maßgebend anerkannte, bei der Auslegung einer derartigen Beschränkung des Klageantrages zu befolgende Prinzip, daß, da es sich im Rechtsstreit doch zunächst um die prozessuale Erledigung des Anspruches handelt, der Erklärung des Klägers die Bedeutung eines Verzichts nur dann beigemessen werden darf, wenn die dahingehende Absicht

16) Obermeyer in Seuffert Blätt. f. R.-A. in Bayern, 46 Nr. 24, S. 369 ff.; Mannherz S. 80/81.

17) S. 523.

18) Das O. L. G. Hamburg läßt dies wenigstens (wenn die Erledigung auf der Leistung des Beklagten beruht) dahingestellt (R. O. L. G. 11, S. 80).

19) So die schon erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts (R. G. 75, S. 285) sowie R. G. 66, S. 14.

des Klägers aus seinen Erklärungen zur Sache zuverlässig zu entnehmen ist, im übrigen also die in ihren Wirkungen weniger weitgehende und auf das rein prozessuale Gebiet beschränkt bleibende Klagezurücknahme als vorliegend anzunehmen ist. Dann aber auch macht die Rechtsnatur des Verzichts eine derartige Ausnahme unmöglich. Da der im Prozeß abgegebene Verzicht seine Wirkungen nach zwei Richtungen hin äußert und nicht nur als reine Prozeßhandlung, vielmehr auch als Rechtsgeschäft über den materiellen Prozeßgegenstand erscheint [20]), dessen Wirkung das Erlöschen des der Klage zu Grunde liegenden Anspruches ist, so ist er da begrifflich unmöglich, wo der Anspruch, auf den verzichtet werden soll, schon vor Abgabe des Verzichts — also etwa durch Erfüllung — untergegangen ist.

2. Grundsätzliche Zulassung einer von Klagezurücknahme und Verzicht auf den Klageanspruch wesensverschiedenen „Erledigung des Rechtsstreits" über die in den §§ 628, 640 C. P. O. erwähnten Fälle hinaus. Die Ansichten über die Schranken der Zulassung in den einzelnen Fällen.

§ 6.

Wie schon angedeutet, ist man allgemein nicht dabei stehen geblieben, die Annahme der Zulässigkeit einer von der Klagezurücknahme oder dem Verzicht verschiedenen Einschränkung des Klageantrages auf den vorbesprochenen Fall der Erfüllung zu beschränken. Man hat vielmehr auch in anderen Fällen, in denen der Klageantrag wegen nachträglicher Veränderung der außerprozessualen Umstände nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, weil der mit der Klage verfolgte Anspruch gegenstandslos geworden ist, es gestattet, daß der Kläger eine ebensolche Erklärung bezüglich der Erledigung der Hauptsache abgebe, die ein Urteil in der Hauptsache erübrigt und die Kostenentscheidung

20) Stein, Anm. I, zu § 306 C. P. O.

nicht den in § 271,3 C. P. O. niedergelegten Grundsätzen unterwirft [21]).

21) Folgende Fälle aus der Literatur und Rechtsprechung mögen zum Beweise dessen hier angeführt werden.

Nachdem der Kläger gegen den eingetragenen falsus dominus auf Feststellung seines Eigentums geklagt hat, veräußert dieser das betreffende Grundstück an einen gutgläubigen Dritten weiter, dessen Eintragung als Eigentümer erfolgt (Hellwig, Rechtskraft, S. 174).

Während über den Antrag des Klägers auf Entfernung eines von dem Beklagten errichteten Baues auf Grund einer Grundgerechtigkeit verhandelt wird, entfernt der Beklagte, der in der Verhandlung seine Verpflichtung zur Entfernung bestreitet, den Bau auf Verlangen der Baupolizei (Lazarus, S. 599).

Der Beklagte bewirkt die in der Klage begehrte Leistung nur, um der Zwangsvollstreckung aus dem ihn zu dieser Leistung verurteilenden, für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil zuvorzukommen, während er ihrer ungeachtet die Verpflichtung zur Leistung bestreitet (R. G. 29, S. 379).

Vor Entscheidung über eine Klage, die jemand auf Grund des Musterschutzgesetzes auf Unterlassung einer besonderen Musterführung erhoben hatte, war die Schutzfrist abgelaufen (Jur. W. 1900, S. 86 [R. G.]).

Vor Beendigung eines Prozesses, den ein großjähriges Kind gegen seinen Gewalthaber auf Erteilung der Genehmigung zur Eheschließung angestrengt hatte, war das B. G. B., nach dessen Bestimmungen eine solche Genehmigung nicht mehr erforderlich ist, in Kraft getreten (Jur. W. 1900, S. 507 [R. G.]).

Ein unter der Geltung des alten Civilrechts begonnener Prozeß, in dem den Streitgegenstand das auf Grund des Verlöbnisses gestellte Verlangen auf Eingehung der Ehe bildete, mußte nach dem neuen Recht, das einen solchen Anspruch nicht für zulässig erklärt, entschieden werden (Jur. W. 1900, S. 726 [R. G.]).

Nach der Klageerhebung fiel infolge Änderung der Gesetzgebung die Zulässigkeit des Rechtsweges, die früher bestanden hatte, fort (Jur. W. 1901, S. 483 [R. G.]).

Der Kläger hatte gegen die Beklagte auf Herausgabe eines der Ehe mit der Beklagten entstammenden Kindes geklagt. Während des Prozesses war durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Sorge für die Person des Kindes der Beklagten übertragen worden (R. O. L. G. 20, S. 300 [O. L. G., Frankfurt]; vgl. auch den ähnlichen Fall daselbst 9, S. 60 [K. G.]).

Während des Prozesses, den der Gläubiger auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen den Drittschuldner führt, wird dieser Beschluß aufgehoben (Neumann, 11. Jahrg., zu § 91 C. P. O. [L. G., Darmstadt, Hess. Rechtspr.]).

§ 7.

Eine Ausnahmestellung nimmt in dieser Beziehung Mannherz ein. Er erachtet die Erledigungserklärung für statthaft nur im Falle der Befriedigung des Klägers, welchem Fall er denjenigen der Aufrechnung mit einem Gegenanspruch, der datio in solutum oder einer anderen vollwertigen, d. h. als Erfüllung anzusehenden Klaglosstellung des Klägers gleichstellt [22]). In allen anderen Fällen aber, in denen der Kläger, ohne das mit der Klage Erstrebte oder Ersatz dafür erlangt zu haben, von dem Rechtsstreite Abstand nimmt, hält er an der Klagezurücknahme fest. Denn, sagt er [23]), würde der Kläger die Klage nach Eintritt des Ereignisses, das die Weiterverfolgung seines Anspruches unmöglich macht, „noch aufrechterhalten, müßte er nunmehr abgewiesen werden, auch wenn die Klage anfangs begründet gewesen wäre. Wenn er daher nach Eintritt des Ereignisses auf die Entscheidung in der Hauptsache verzichtet, dann tut er dies, weil er keine Aussicht auf Erfolg mehr hat; er steht von einer Klage ab, die nur noch abgewiesen werden kann, und bekennt seinen Mißerfolg. Das ist aber nichts anderes wie eine Zurücknahme der Klage, ein Nachgeben des Klägers, sein Unterliegen."

Zwar kann auch der Kläger, dessen Klagebegehren der Beklagte während des Prozesses nachgekommen ist, die Klage, ohne sich der sicheren kostenpflichtigen Abweisung der Klage auszusetzen, diese nicht mehr aufrechterhalten und nicht mehr mit ihr durchdringen, allein um des außerprozessualen Erfolges willen, den die Klage gehabt hat, soll nach Mannherz nur der nicht befriedigte Kläger, der infolge der eingetretenen Veränderung in den außerprozessualen, die Klage begründenden Verhältnissen mit seinem Antrag nicht mehr durchdringen kann, wegen dieses Mißerfolges als Unterliegender gelten. Da Mannherz glaubt, die an das Unterliegen gebundene Kostenfolge lasse in diesen Fällen nur die Zurücknahme der Klage zu, so ist das Ergebnis, zu dem er

22) S. 78.
23) S. 82.

gelangt — lediglich von der praktischen Seite aus betrachtet —, die Erledigungserklärung in der von ihm vertretenen Auffassung nichts anderes als ein überall da anzuwendendes Mittel, wo die Klagezurücknahme um der mit ihr notwendig verbundenen besonderen Kostenfolge willen nicht am Platze ist. Das Verfahren gewinnt so den Charakter eines Ausnahmeverfahrens, das nur dazu da ist, die angeblichen Unrichtigkeiten in der Kostenentscheidung vermeiden zu helfen, welche die Klagezurücknahme mitunter im Gefolge hat.

Wenn so Mannherz das Unterliegen im Prozeß der Zurücknahme der Klage und die aus dem Unterliegen folgende Kostenpflicht der aus § 271 C. P. O. sich ergebenden gleichstellt [24]), kann ihm darin nicht beigestimmt werden. Richtig betrachtet Mannherz den Kläger, der seinen Klageantrag nicht mehr aufrechterhält, nicht als unterlegen, weil dieser lediglich seinen Antrag zurückgenommen, sondern weil er Mißerfolg mit seiner Klage gehabt hat. Nicht weil der Kläger aus irgend einem nicht interessierenden Grund die Klage nicht mehr aufrechterhalten will, sondern weil er an ihr als an einer nunmehr unbegründeten nicht mehr festhalten und nicht mehr mit ihr durchdringen kann, gibt er nach. Das Nachgeben des Klägers ist zwar von seinem Willen abhängig, was insofern ins Gewicht fallen mag, als er prozessual berechtigt ist, seinen Antrag weiter zu verfolgen; aber dieser Wille wird doch gebildet unter dem Einfluß der allersachlichsten Gründe der Undurchführbarkeit der Klage. Der so unterlegene Kläger ist demnach nach Mannherz ein in der Sache unterlegener, und wenn Mannherz ihn als solchen mit den Kosten des Rechtsstreits belastet, so tut er dies, weil nach ihm gemäß § 91 C.P.O. „nicht wer mit Unrecht streitet, sondern wer ohne Erfolg (mit Mißerfolg) streitet", kosten-

24) Dasselbe behauptet Wilmowski-Levy, Anm. zu § 271 C. P. O. (Die Kostenpflicht des die Klage zurücknehmenden Klägers erfolge nach dem allgemeinen Grundsatz des § 91 C. P. O.). Darum sieht er in der nach im Laufe des Rechtsstreits erfolgter Befriedigung des Klägers erklärten Klagezurücknahme keine solche, da hierin die Behauptung liege, daß der Beklagte selbst unterlegen sei und somit die Kosten tragen müsse.

pflichtig ist, und es eine solche „unterliegende Partei nicht nur gibt, wenn der Rechtsstreit mit einem Urteil in der Hauptsache, sondern auch, wenn er ohne ein solches endet". Im letzteren Falle tritt dann nach ihm an die Stelle des formellen auf dem Urteilsausspruche beruhenden Erfolges und Mißerfolges der materielle, das Obsiegen und Unterliegen in der Sache selbst [25]).

Wenn nun auch die Klagezurücknahme hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Prozeßkostenpflicht der Verurteilung bzw. dem Unterliegen einer Partei gleichsteht, so hat doch, wie auch Mannherz zugeben muß, das „Unterliegen", das er in der Zurücknahme der Klage sehen zu müssen glaubt, einen ganz anderen Charakter wie der in § 91 C. P. O. gebrauchte nämliche Ausdruck. Richtig sagt Mannherz, der Kläger, der bei der Klagezurücknahme der stets Unterliegende sei, unterliege aus rein formellen Gründen, und nicht deshalb, weil sein Anspruch unbegründet gewesen sei, da über diesen gar nicht erkannt werde. Daher gründe sich auch die Kostenpflicht auf § 271,3 C. P. O. [26]). Also handelt es sich im § 271 C. P. O. gar nicht um ein Unterliegen, wenigstens nicht um ein Unterliegen im Sinne des § 91 C. P. O. Denn wozu die Bestimmung des § 271,3 C. P. O.!? Der Unterschied zwischen der durch Urteil unterlegenen Partei und dem seine Klage zurücknehmenden Kläger ist demnach so groß, daß erst eine Sonderbestimmung in dem Fall der Klagezurücknahme die Kostenpflicht zu Lasten des Klägers regeln mußte. Beide Begriffe haben ihrer rechtlichen Natur nach nichts miteinander gemein. Die Zulässigkeit der Klagezurücknahme ist nicht bedingt durch die Undurchführbarkeit des geltend gemachten Anspruches. Das Moment also, daß die weitere Verfolgung der Klage zu deren Abweisung, zu dem Unterliegen des Klägers führen müßte, kann nicht dazu dienen, im Gegensatz zu denjenigen Fällen, in denen wegen Erreichung des mit der Klage verfolgten Zieles der Kläger von dem Begehren nach einem Urteil Abstand nimmt, das gleiche

25) Mannherz, S. 75.
26) Mannherz, S. 80.

Verhalten des Klägers als Klagezurücknahme zu charakterisieren.

§ 8.

Die übrigen, welche diese Frage behandelt haben, sowie die Entscheidungen spannen den Rahmen, innerhalb dessen sie die Zulässigkeit einer Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch die Erledigungserklärung für gegeben erachten, verschieden weit. Einige Beispiele sollen dies bestätigen.

Macht der Beklagte die von ihm verlangte Leistung unter einem Vorbehalt, unter weiterem Bestreiten seiner Verpflichtung zur Leistung, oder erhält der Kläger seine Befriedigung nicht unter dem Drucke der erhobenen Klage, sondern aus anderen Gründen, oder ohne Zutun des Beklagten — etwa seitens Dritter —, so wird vielfach in dem Abstehen des Klägers von dem weiteren Prozeß eine Klagezurücknahme gesehen. Dies gilt z. B., wenn der Beklagte im Wege der Zwangsvollstreckung oder nur darum leistet, um die Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil abzuwenden [27]). Oder wenn die Zahlung nicht in Ausführung des ergangenen, noch nicht rechtskräftigen Urteils, sondern mit Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Fälligkeit der Forderung erfolgt [28]). Der Widerspruch des Beklagten gegen die Leistung eines Dritten schließt die Zulässigkeit unseres Verfahrens aus [29]).

Ist das Erlöschen des Klageanspruches auf andere als die bisher besprochenen Handlungen des Beklagten oder auf solche des Klägers zurückzuführen, so wird unterschieden. Das Reichsgericht läßt eine Beschränkung des Klageantrages auf die Kosten dann nicht zu, wenn der Untergang der in Streit befangenen Sache von der einen oder anderen Partei

27) Lazarus, S. 617; Salinger S. 95; Seuff. A. 50, Nr. 133, 215; 55, Nr. 166.

28) Seuff. A. 50, Nr. 133; 55, Nr. 166.

29) Mannherz, S. 79. Der Erfüllung durch den Beklagten wird diejenige durch Dritte stets in ihrer Wirkung bezüglich der Zulässigkeit der Erledigungserklärung gleichgestellt von Lazarus (S. 618). — Vgl. auch die bei Neumann, 8. Jahrg., zu § 91 zitierten Entscheidungen.

in irgend einer Art zu vertreten ist [30]). Das Hanseatische O. L. G. gibt dem Kläger überhaupt kein Recht, nur wegen der Kosten eine Entscheidung zu verlangen, wenn der Streitgegenstand nicht ohne sein Zutun (wie etwa durch Zufall, Zeitablauf) fortgefallen und die Unmöglichkeit der Fortführung der Klage von dem Kläger selbst herbeigeführt ist [31]). Auch Lazarus läßt für den Fall eines Verschuldens des Klägers nur Klagezurücknahme gelten [32]), doch diese Folge nicht eintreten, wenn das Recht des Klägers zufolge einer freiwilligen, aber nicht ihm als Verschulden anzurechnenden Handlung desselben zu bestehen aufhört [33]). Allerdings bezeichnet er diese letzteren Fälle als zweifelhaft. Die auf außergerichtlichen Verzicht gestützte Beschränkung des Klageantrages auf den Kostenpunkt bilde stets einen Fall der Klagezurücknahme [34]). Hiergegen läßt sich hinwiederum eine Entscheidung des Landgerichts Rostock dahin aus, daß die Beschränkung des Klageantrages nicht notwendig darum Klagezurücknahme sein müsse, weil das Erlöschen des dem Klageantrag zu Grunde liegenden Rechts durch eine schuldhafte Handlung des Klägers verursacht worden sei [35]).

Das Oberlandesgericht Dresden hält zwar eine andere Haltung des Beklagten, die den Klageanspruch zum Erlöschen bringt, ohne Erfüllung desselben zu sein oder einer

30) R. G. 58, S. 414 ff.

31) R. O. L. G. 23, S. 153 — s. auch Neumann, 1909, 1911 bis 12 zu § 91 C. P. O. und 1910 zu § 271 C. P. O. — Rhein. Archiv. 105 I, S. 42 (Düsseldorf). Bezüglich der Auffassung des Reichsgerichts, daß in der Beschränkung des Klageantrages auf die Kosten stets eine Zurücknahme der Klage liege, wenn der Kläger sich durch eigenes Handeln klaglos gestellt habe, kommt noch die in der Jur. W. 1911, Nr. 769 angeführte Entscheidung in Betracht. Derselben Ansicht war das Kammergericht in einem Falle, in dem der Kläger durch Veräußerung der Streitsache die Aktivlegitimation verloren hatte (R. O. L. G. 18, S. 66), während in einem gleichen Fall ein bayerisches Gericht (Recht 1910, Nr. 1610) die Erledigungserklärung für zulässig gehalten hat.

32) S. 620.

33) S. 613.

34) S. 620.

35) Zitiert bei Neumann, 6. Jahrg., zu § 91 C. P. O.

solchen in der Bedeutung gleichzustehen, bei der Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit der Erledigungserklärung für berücksichtigungswert, gibt aber keine klare Auskunft darüber, ob auch eine schuldhafte Handlung des Beklagten dem Kläger die Befugnis zur Klagebeschränkung gebe [36]). Das Oberlandesgericht Breslau hält dafür, daß stets Klagezurücknahme angenommen werden müsse, falls der Untergang des geltend gemachten Rechts auf eine andere als eine Erfüllungshandlung des Beklagten zurückzuführen sei [37]), während Lazarus auch für den Fall, daß eine schuldhafte Handlung des Beklagten diesen Untergang verursacht, dem Kläger das Recht auf die Kostenentscheidung allein belassen will [38]). So ist z. B. in einem von dem Kammergericht entschiedenen Falle [39]), in dem der Beklagte während des Rechtsstreits durch den Widerruf seines Darlehnsversprechens, aus dem er mit der Klage in Anspruch genommen war, dem Anspruch des Klägers die Grundlage entzogen und der Kläger daraufhin nur eine Entscheidung über die Kostenfrage begehrt hat, eine Erledigungserklärung für zulässig erachtet worden, was nach dieser Entscheidung überall da zu gelten haben wird, wo der Beklagte in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts handelt.

Hinsichtlich der Ereignisse, die nicht auf Handlungen der Parteien beruhen und sich nicht als Erfüllungshandlungen dritter Personen darstellen, wird im allgemeinen angenommen, daß die Erledigungserklärung zulässig ist, wenn die Wirkung dieser Tatsachen auf den Klageanspruch die Modifizierung des Klageantrages nötig machen sollte, ohne Unterschied, ob das Ereignis ein rein tatsächliches, wie z. B. Zufall und Zeitablauf, ist, oder ob die Ursachen des Erlöschens des Klageanspruchs nur auf dem Rechtsgebiet liegen, also eine eingetretene Rechtsänderung oder eine richterliche Verfügung in Frage kommt [40]).

---

36) Seuff. A. 67, Nr. 117.
37) R. O. L. G. 20, S. 301.
38) S. 622/23.
39) R. O. L. G. 20, S. 301.
40) So insbesondere R. O. L. G. 20, S. 300 (Frankfurt); S. 301 (Breslau); Recht 1911, Nr. 3337 (Colmar).

Von einigen Schriftstellern und Entscheidungen wird die Frage nach der Zulässigkeit der Erledigungserklärung nicht nach der Art des außerhalb des Prozesses eingetretenen Ereignisses, sondern danach beantwortet, ob überhaupt das Ereignis eine Wirkung auf das Recht des Klägers ausgeübt, dieses also beseitigt hat. So soll nach Gerson [41]) und Salinger [42]) das in Frage stehende Verfahren nicht zulässig sein, wenn der Klageanspruch von vornherein als ein unbegründeter erhoben, er demnach von dem betreffenden Ereignis als ein gar nicht bestehender überhaupt nicht berührt worden ist. Hingegen soll, wenn der Anspruch erst infolge dieses Ereignisses seine bis dahin vorhanden gewesene Daseinsberechtigung verloren hat, die Ermäßigung des Klageantrages stets eine Erledigungserklärung gestatten.

Der Wortlaut mancher Entscheidungen läßt die Annahme zu, daß auch sie diese Auffassung vertreten, wenn es auch in klarer, jeden Widerspruch ausschließender Weise nicht geschehen ist. So sagt das Landgericht in Naumburg, die Klagebeschränkung gelte nicht als Klagezurücknahme, wenn sie durch ein Ereignis herbeigeführt werde, das im Laufe des Rechtsstreits den Klageanspruch zum Erlöschen gebracht habe [43]). Auch nach dem bei Neumann erwähnten Urteile ist nicht Klageabweisung auszusprechen, wenn die Klage begründet gewesen und die Erledigung durch Erfüllung des Klageanspruches bewirkt worden ist [44]).

Ob nun nach diesen Entscheidungen Klagezurücknahme anzunehmen ist, wenn die Klage von Anfang an unbegründet gewesen ist, kann ihrem Inhalt mit Sicherheit nicht entnommen werden. Daß es dagegen darauf nicht ankomme, ob der Klageanspruch ursprünglich begründet war, sagt ausdrücklich eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in Breslau [45]). Allerdings geht aus der Begründung nicht

41) S. 267.

42) S. 92.

43) R. O. L. G. 10, S. 120/21.

44) Neumann, 9. Jahrg., zu § 91 (das Urteil ist aus den Jahrbüchern für Württemberg Rechtspflege Bd. 23, 13 zitiert).

45) R. O. L. G. 19, S. 65.

hervor, ob dies nur für den Fall, der Gegenstand der angeführten Entscheidung war, Geltung haben soll, dann nämlich, wenn die Hauptsache durch ein von dem Willen der Parteien unabhängiges Ereignis hinfällig geworden ist, oder ob dieser Grundsatz allgemein anzuwenden sei.

Meistenteils wird für die Beantwortung unserer Frage auf die anfängliche Begründetheit des Klageanspruches kein Gewicht gelegt. Nur die zu treffende Kostenentscheidung soll sich danach, ob der Anspruch bis zu dem Eintritt des ihn vernichtenden Ereignisses begründet gewesen sei, richten. Diese ziemlich allgemein vertretene Ansicht setzt notwendig voraus, daß der erwähnte Umstand bei Prüfung der Frage, ob es sich um eine Klagezurücknahme oder um eine erlaubte, eine Erledigungserklärung zulassende Beschränkung des Klagebegehrens auf ein Kostenurteil handele, nicht ausschlaggebend sein kann.

3. Die Einordnung des in Frage stehenden Verfahrens in das System des Civilprozesses.

§ 9.

Soweit die allgemeine Zulässigkeit der Erledigungserklärung vertreten wird, betrachtet die überwiegende Mehrheit dieses Institut als ein solches von eigener, selbständiger Bedeutung, das sich seiner Natur und seinem Wesen nach unter keine der bestehenden, ausdrücklich im Gesetz genannten und geregelten sonstigen Einrichtungen einordnen lasse. Das Bestreben jedoch, die tatsächliche Notwendigkeit eines solchen Verfahrens mit seiner gesetzlichen Zulässigkeit in Übereinstimmung zu bringen, hat manche veranlaßt, den selbständigen Charakter desselben zu verneinen und es seiner rechtlichen Bedeutung nach Einrichtungen gleichzustellen, die im Gesetz ihre ausdrückliche und allgemeine Grundlage haben. Von den Versuchen dieser Art seien die folgenden erwähnt.

Man hat die Zulässigkeit der Beschränkung des Klageantrages auf den Kostenpunkt mit der Vorschrift des § 268,2

C. P. O. zu rechtfertigen versucht. Die genannte Bestimmung schreibt vor, daß es nicht als eine Änderung der Klage anzusehen sei, wenn ohne Änderung des Klagegrundes der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt werde. So sagt z. B. Schlichter, auch in der Ermäßigung bis auf den Kostenpunkt liege noch eine Beschränkung im Sinne des § 268,2 C.P.O.[46]). Gegen diese Annahme spricht allein schon der Wortlaut der in § 268 Abs. 2 C. P. O. enthaltenen Bestimmung. Denn es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß unter dem Klageantrag der in § 253 A. 2, Z. 2 C. P. O. erwähnte Antrag, d. h. die Sachbitte, die Angabe dessen, was der Kläger in der Entscheidung ausgesprochen verlangt, verstanden ist, also der Antrag, soweit er sich nicht auf den Kostenpunkt bezieht. Denn einmal ist der Antrag hinsichtlich des Kostenpunktes kein wesentliches Erfordernis des die Klage enthaltenden Schriftsatzes, da gemäß der Bestimmung des § 308 Abs. 2 C. P. O. das Gericht auch ohne Antrag über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, zu entscheiden hat. Die Prozeßkosten gehören aber auch nicht zu den in § 268,2 C. P. O. genannten Nebenforderungen. Es steht nicht im Einklang mit dem Inhalt des Gesetzes, wenn Schlichter dies behauptet. § 4 C. P. O., auf den Schlichter sich beruft, beweist dies nicht. Allgemein müssen die als Nebenforderungen geltend gemachten Ansprüche nach dem für den abzuurteilenden Tatbestand maßgebenden bürgerlichen Rechte Nebenforderungen sein und auch, wie die Ausdruckweise „wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden" dartut, wie sich auch auf Grund der ersterwähnten Voraussetzung von selbst versteht, selbständiger Geltendmachung im Prozesse fähig sein[47]). Was im besonderen die in § 4 C. P. O. mitaufgeführte Kategorie der Kosten anbetrifft, so fallen zwar auch Prozeßkosten hierunter, aber nur insoweit, als die Kostenforderung an ihren eigenen nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilenden Tatbestand als Entstehungsgrund

46) S. 504/5.
47) Stein, Anm. II zu § 4.

geknüpft ist, wie etwa Verzug oder Verschulden. Die Kosten des gegenwärtigen Rechtsstreits fallen demnach nicht unter diesen Begriff. Sie haben ihren Entstehungsgrund in dem Rechtsstreit und nicht in dem bürgerlichen Recht, sie entbehren jeder eigenen Selbständigkeit und können nicht Gegenstand eines anderen Rechtsstreits werden. Es hätte aber auch gar keinen Sinn, noch ausdrücklich zu bestimmen und hervorzuheben, daß für die Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes, also insbesondere auch für die Berechnung der Prozeßkosten, die erst festzustellende Höhe dieser nicht mit maßgebend sein soll. Es versteht sich doch von selbst, daß bei Festsetzung der Prozeßkosten der Streitgegenstand, nach dessen Wert sie erhoben werden, etwas von den zu berechnenden Kosten selbst Verschiedenes ist. Wenn auch die Bestimmung des § 308 Abs. 1 C. P. O. auf den ersten Blick hinsichtlich des Begriffes „Nebenforderungen" in einem gewissen Zusammenhang mit dem Abs. 2 dieses Paragraphen zu stehen scheint, insofern dort von dem für eine Entscheidung notwendigen Erfordernis eines Parteiantrages auch hinsichtlich der auf Nebenforderungen sich beziehenden Entscheidungen eine Ausnahme gemacht wird, soweit es sich um die Prozeßkostenpflicht handelt, so geht doch aus § 4 C. P. O. hervor, daß die Prozeßkostenforderung im § 308 C. P. O. nicht als Nebenforderung in Gegensatz zu den anderen Nebenforderungen gestellt sein kann.

Eine Beschränkung des Klageantrages aber setzt voraus, daß dieser an sich bestehen bleibt und nur seinem Umfange nach eingeschränkt wird, aber nur soweit eingeschränkt wird, daß wenigstens noch ein Minimum des Anspruches bleibt. Wird der Antrag dagegen ganz fallen gelassen und nur eine Kostenentscheidung begehrt, so liegt überhaupt keine Beschränkung des Klageantrages mehr vor. Schlichter verkennt aber auch die Bedeutung des § 268 C. P. O. Dieser § hat keine selbständige Bedeutung und sein Wert ist mehr negativer wie positiver Art. Die genannte Gesetzesvorschrift will nicht eine neue Einrichtung für den Prozeß schaffen, sie will vielmehr nur sagen, daß gewisse Fälle nicht unter den Begriff der Klageänderung

fallen sollen. Dagegen soll damit eine Beurteilung dieser Fälle aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten und die Prüfung ihrer Zulässigkeit auf Grund anderweitiger Gesetzesbestimmungen nicht ausgeschlossen sein. Daher ist durch diese Bestimmung noch nicht die Möglichkeit der Annahme, daß in einer derartigen Beschränkung des Klagebegehrens auf den Kostenpunkt notwendig eine Klagezurücknahme enthalten sein müsse, beseitigt. Hätte die Bestimmung des § 268, 2 C. P. O. den ihr von Schlichter beigelegten Sinn, so wäre hierdurch diejenige des § 271 C. P. O. beinahe illusorisch gemacht. Es wäre nämlich dann der Kläger stets in der Lage, die Klagezurücknahme dadurch zu umgehen, daß er den Klageantrag ganz fallen ließe oder aber — aus den vorerörterten Gründen — die Beschränkung desselben soweit ausdehnte, daß nur noch ein Minimum des Klageantrages übrig bliebe. Es wäre dem Kläger auf diese Weise ein Hinterpförtchen geöffnet, durch das er entschlüpfen könnte, wenn der Beklagte ihn nach § 271 C. P. O. festhalten wollte; somit würde das dem Beklagten gewährte Recht, nach seiner Verhandlung zur Hauptsache die Zurücknahme der Klage zu verhindern und durch seinen Widerspruch eine Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch herbeiführen zu können, diesem zur Wahrung seiner Interessen wenig zu nützen vermögen [48]). § 268, 2 C. P. O. schließt jedoch § 271 C. P. O. nicht aus. Wenn der Beklagte auch einer Beschränkung des Klageantrages nicht unter dem Gesichtspunkt der Klageänderung, so kann er ihr doch unter dem der Klagezurücknahme widersprechen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Nicht unter allen Umständen ist nach § 268, 2 C. P. O. eine Beschränkung des Klageantrages zulässig; nur als Klageänderung kann sie niemals angesehen werden.

---

48) Auch das O. L. G. Celle (Seuff. A. 48, Nr. 141) verneint die Zulässigkeit der Folgerung aus § 268, A. 2 C. P. O., daß das in § 271 C. P. O. enthaltene Verbot einseitiger Zurücknahme der Klage für keinen Fall der Beschränkung des Klageantrages Platz greife. Vgl. auch die Ausführungen von Hahn, S. 517 ff.

Die letzteren Erwägungen treffen auch dann ohne weiteres zu, wenn man — wie z. B. Stölzel es tut [49]) — die Zulässigkeit der Beschränkung des Klageantrages auf den Kostenpunkt auf die Bestimmung des § 268 Abs. 3 stützen will. Gegen die Unterordnung dieser Beschränkung unter die genannte Vorschrift spricht weiter noch, daß der Antrag auf einen anderen Gegenstand oder das Interesse gerichtet werden muß, wenn der ursprüngliche Gegenstand wegen einer später eingetretenen Veränderung nicht mehr gefordert werden kann. Wenn auch schon in der Erfüllung nach Klageerhebung oder in dem auf sonstiger außerprozessualer Ursache beruhenden Untergange des Klageanspruchs im Laufe des Prozesses eine später eingetretene Veränderung im Sinne jener Vorschrift gesehen werden kann, so fehlt es doch an dem zweiten Erfordernis. Der Kläger fordert weder einen anderen Gegenstand noch das Interesse. In seinem mit der Beschränkung des Klageantrages etwa verbundenen Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, kann nicht die Forderung nach solchem aliud gesehen werden.

§ 10.

Dieses aliud in Gestalt einer Klage auf Feststellung, daß der Anspruch ursprünglich begründet gewesen und entstanden sei, einzuführen und auf diese Weise der Erledigungserklärung eine allgemein gültige, gesetzliche Grundlage zu geben, ist unternommen, aber auch als unzulässig bekämpft worden [50]). Der Antrag des Klägers, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, soll als Feststellungsantrag im Sinne des § 256 C. P. O. angesehen

49) Auch Gruchot (24, S. 415/18) und die Entscheidungen der O. L. G. Naumburg und Kiel stehen auf diesem Standpunkt (R. O. L. G. 15, S. 121; 9, S. 133).

50) Für die allgemeine Zulässigkeit eines derartigen Feststellungsantrages insbesondere: Salinger, S. 97; Engel (i. d. Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern, zitiert bei Neumann, 9. Jahrg., zu § 91 C. P. O.). Dagegen: Ederheimer, S 64; Eccius (Die eventuelle Aufrechnung in Gruchot 42, S. 15 ff.); Mannherz, S. 85 ff. — Seuff. A., 67, Nr. 117 (O. L. G. Dresden).

werden können, bzw. der Kläger soll in den Fällen der hier behandelten Art befugt sein, den ursprünglichen Klageantrag dahin abzuändern, festzustellen, daß sein Anspruch rechtlich begründet gewesen sei. Richtig ist, daß eine solche Feststellungsklage auch in Beziehung auf ein nicht mehr bestehendes Rechtsverhältnis stattfinden kann; denn ein Rechtsverhältnis wird nicht dadurch, daß es zu bestehen aufhört, zu einem anderen juristischen Begriff, namentlich nicht zum Begriff einer bloßen Tatsache. Ist jedoch ein Rechtsverhältnis in der Art beseitigt, daß keinerlei rechtliche Ansprüche aus demselben mehr abgeleitet werden können, dann fehlt es an dem für die Feststellungsklage notwendigen Erfordernis eines rechtlichen Interesses an der Feststellung. Vorausgesetzt ist also für die Zulässigkeit dieses Antrages, daß sich aus dem nicht mehr bestehenden Rechtsverhältnisse Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben. Daß bei einer außerprozessualen Erledigung des Klageanspruches, insbesondere durch Befriedigung des Klägers, dieser noch ein weiteres Interesse an der Feststellung des untergegangenen Rechtsverhältnisses haben sollte, kann nicht ohne weiteres und stets angenommen werden. Gewiß sind solche Fälle denkbar, aber ausgeschlossen ist es, daß die Zulässigkeit dieser Feststellungsklage in den erwähnten Fällen eine Regel bilde und stets gegeben sei. Die Erledigung des Anspruchs an sich begründet kein rechtliches Interesse des Klägers an der Feststellung, daß er nichts mehr zu beanspruchen oder zu einer früheren Zeit etwas zu beanspruchen gehabt habe, was er jetzt nicht mehr beanspruchen kann. Das Interesse des Klägers könnte sich, wie das Reichsgericht sagt [51]), nur auf die anderweitige Regelung des Kostenpunktes richten; denn infolge des neuen Klageantrages würde der Beklagte in die Kosten verurteilt werden, was sonst nicht oder vielleicht nicht der Fall wäre. Hierzu bemerkt zutreffend Mannherz [52]), daß der Kläger sich stets der eigenen Kostenpflicht entziehen könne, wenn auf

51) R. G. 18, S. 418.
52) S. 85.

diese Weise die Änderung einer abweisungsreifen Leistungsklage in eine Feststellungsklage gestattet sei. Es würde dann auch der Hauptantrag mit dem Antrag im Kostenpunkt denselben Inhalt haben und hierdurch der erstere überflüssig werden.

III. Die „Erledigung des Rechtsstreits" durch den Untergang des Klageanspruchs ohne Wegfall einer Partei.

1. Das Urteil in der Hauptsache.

§ 11.

Wenn wir uns hier von neuem die Frage vorlegen, ob außer den in §§ 628, 640 C. P. O. erwähnten Fällen ein den Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt erklärendes, nur über den Kostenpunkt entscheidendes Urteil dem Geist und System dieses Gesetzes entspricht, ob insbesondere in allen, bzw. in welchen der Fälle, in denen ein nach Klageerhebung außerhalb des Prozesses eingetretenes Ereignis den Klageanspruch beseitigt, ein solches Urteil zulässig erscheint, so müssen wir zunächst und vor allem einmal prüfen, ob denn ohne das in Frage stehende Urteil bei Voraussetzungen der geschilderten Art überhaupt nicht auszukommen ist. Ehe wir ein derartiges neues Verfahren, das im Gesetz nur ganz vereinzelt zur Regelung besonderer Fälle Erwähnung gefunden hat, im übrigen aber als allgemeine oder doch wenigstens über die aufgeführten Einzelfälle hinaus auf bestimmte Gruppen von Fällen anwendbare Regel nirgends genannt ist, in die C. P. O. einführen, muß feststehen, ob und inwiefern überhaupt das Verfahren, das auf diese Art ersetzt werden soll, Unrichtigkeiten und Widersprüche mit den Bestimmungen, dem Geiste und dem inneren Zusammenhang der C. P. O. im Gefolge hat, m. a. W. ersetzungsbedürftig ist. Denn davon ist auszugehen, daß die Ausdehnung der Zulässigkeit der fraglichen Urteile über die in §§ 628, 640

C. P. O. erwähnten Fälle hinaus zu unterbleiben hat, wenn bzw. soweit das andere Verfahren Mängel in dem vorerwähnten Sinne nicht aufweist.

Kann eine Entscheidung, die den Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache für erledigt erklärt, nicht ergehen, so bleibt für die Art der Erledigung des Rechtsstreits, von dem hier nicht weiter interessierenden Vergleich abgesehen, nur die Zurücknahme der Klage sowie das in der Sache selbst entscheidende Urteil übrig. Also ist die Frage, inwiefern diese beiden Institute in ihrer Anwendung auf die zur Erörterung stehenden Fälle eine befriedigende, d. h. dem Gesetz entsprechende Lösung nicht bieten. Meist hat man nicht sowohl die Art der Regelung der Hauptsache, wie sie mit diesen beiden Einrichtungen verbunden ist, als unrichtig und gesetzwidrig hingestellt und hierauf die Notwendigkeit der Erledigungserklärung und eines den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärenden Urteils begründet, als vielmehr, wie auch oben (S. 15) schon bemerkt, die Entscheidung des Kostenpunktes. Eine Frage von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung also, wie sie das Reichsgericht nennt [53]), hat auf solche Weise Einfluß selbst auf die Behandlung der Hauptsache gewonnen, zu der sie allerdings in denkbar engstem Zusammenhangs- als auch Abhängigkeitsverhältnisse steht. Da die Zurücknahme der Klage sowie das bei Fortsetzung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache ergehende, die Klage abweisende Urteil unbedingt den Kläger mit den Prozeßkosten belaste, seien sie da nicht anwendbar, wo der während des Prozesses erfolgte Untergang des Klageanspruches eine solche Kostenfolge nicht rechtfertigen könne.

§ 12.

Dem kann nur beigestimmt werden, soweit sich diese Ansicht auf die Zurücknahme der Klage bezieht. Selbst wenn die Bestimmung des § 217,3, daß die Klagezurücknahme den Kläger verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits

53) R. G. 57, S. 310.

zu tragen, nicht bestände, wäre doch, wie oben dargelegt [54]), ein zugunsten des Klägers lautendes, aber den Beklagten mit den Prozeßkosten belastendes Kostenurteil im Falle der Klagezurücknahme unmöglich. Auch so müßte der Kläger wenigstens die ihm selbst durch den Rechtsstreit erwachsenen Kosten tragen, wenn er auch die Kosten des Gegners nicht zu ersetzen hätte, wie er es jetzt auf Grund der vorerwähnten Bestimmung tun muß. Zweifellos ist auch die Möglichkeit solcher Fälle, in denen die Belastung des Klägers mit den Prozeßkosten, oder — wenn wir die besondere Bestimmung des § 271,3 C. P. O. außer Acht lassen und uns nur an die systematische Folge der Klagezurücknahme in diesem Punkte halten — der Nichtersatz der dem Kläger erwachsenen Kosten dann eine befriedigende Lösung nicht darstellt, wenn der Kläger seine Klage zurücknimmt, um aus der Rückwirkung der nach Klageerhebung außerhalb des Prozesses erfolgten Beseitigung seines Klageanspruches auf die Prozeßlage die Konsequenzen zu ziehen. Man denke nur an den Fall der Erfüllung in Anerkennung des eingeklagten Anspruches. Bei solcher Sachlage ist dies von allen, selbst von Ederheimer [55]), der an der Klagezurücknahme und ihren Folgen im Kostenpunkt festhält, anerkannt worden. Der von Ederheimer empfohlene Ausweg, daß es der Kläger, falls, wie regelmäßig, die nachträgliche Befriedigung seine Mitwirkung voraussetze, in der Hand habe, eine Vereinbarung über die Kosten herbeizuführen, vermag diese Unbilligkeit und Unrichtigkeit nicht zu beseitigen, wenn der Beklagte auf die Vereinbarung nicht eingeht. So ist es allerdings hier die „verhältnismäßig untergeordnete", bei der Klagezurücknahme nicht zugunsten des Klägers lösbare Kostenfrage, welche die Klagezurücknahme nicht am Platze erscheinen läßt.

Von untergeordneterer Bedeutung als die Kostenfrage ist das in gewissen Fällen zur Gültigkeit der Klagezurücknahme notwendige Erfordernis der Einwilligung des Be-

54) o. § 4.
55) S. 69.

klagten. Dasselbe steht mit der Einrichtung der Klagezurücknahme in nicht so innigem Zusammenhangs- und Abhängigkeitsverhältnis wie die Regelung der Kostenfrage. Es könnte fehlen, wie es denn auch tatsächlich erst dann zu der Erklärung des Klägers hinzutreten muß, wenn die Klagezurücknahme erfolgt, nachdem der Beklagte zur Hauptsache zu verhandeln begonnen hat. Will also der Kläger vor diesem Zeitpunkt aus den fraglichen Gründen von dem weiteren Verfahren abstehen und seine Klage zurückziehen, so steht ihm ein eventueller Einspruch des Beklagten hiergegen nicht im Wege. Da ferner das Erfordernis der Einwilligung des Beklagten in keinem organischen Zusammenhang zu der Erklärung des Klägers und deren Folgen steht, könnte, wenn sich die Notwendigkeit hierzu herausstellen sollte, in solchen Fällen, wie den hier fraglichen, die Nichtberücksichtigung dieser Bestimmung gestattet werden. Denn das Interesse, das der Beklagte an der Durchführung der Klage und an der Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch hat, tritt unter solchen Verhältnissen an Bedeutung zurück hinter dasjenige des Klägers, dem das Erlöschen seines Klageanspruches, insbesondere wenn die Ursache hierzu die Erfüllung durch den Beklagten ist, ein gewisses Recht gibt, von dem weiteren Prozeß Abstand zu nehmen. Man könnte ja auch die Bestimmung des § 268,3 C. P. O. zur Begründung einer solchen Ausnahme heranziehen. Hiernach soll der Kläger, wenn ein nachträgliches Ereignis die Änderung seines Klageantrags erfordert, unter dieser Veränderung in den außerprozessualen Sach- und Rechtsverhältnissen nicht leiden, namentlich aber nicht zu der dieser Veränderung entsprechenden Modifizierung des Klageantrages an die Einwilligung des Beklagten oder die Erlaubnis des Gerichts gebunden sein.

Jedoch würde, wie gesagt, dies Erfordernis der Einwilligung des Beklagten in die Klagezurücknahme da, wo sie vorliegen muß, aber nicht zu erlangen ist, für den Kläger ein wirkliches Hindernis nicht bilden, wegen der veränderten Umstände aus dem Prozeß herauszukommen. Es bliebe

ihm der Weg offen, nicht mehr aufzutreten und zu verhandeln, wodurch dem Beklagten Gelegenheit gegeben wäre, den Erlaß des Versäumnisurteils zu beantragen und so den Rechtsstreit zur Erledigung zu bringen. Für den Kläger muß vielmehr — und, wie der Fall der Erfüllung zeigt, mitunter mit Recht — die Hauptsache sein, einen Weg zur Verfügung zu haben, auf dem er, trotzdem sein Klageanspruch untergegangen und damit seine Klage unbegründet geworden ist, eine Verurteilung des Beklagten in die Kosten des Rechtsstreits erreichen kann. Dieses Bestreben ist ja auch der tiefere Grund für alle Versuche, in den dieser Abhandlung zu Grunde gelegten Fällen ein Verfahren zu finden, das ein den Kläger mit den Kosten belastendes Urteil ausschließt; denn alle, die diese Frage erörtert haben, sind, wie Ederheimer bemerkt [56]), von dem Gefühle beseelt, daß es unbillig sei, den Kläger in die Kosten zu verurteilen, wenn seine Klage ursprünglich begründet war und nachträglich der Grund wegfällt. Allerdings ist dann meist doch diese Grundlage verlassen und der Erledigung des Klageanspruches für sich allein eine besondere Bedeutung für die Erledigung des Rechtsstreits beigemessen worden, indem man für die Kostenentscheidung in solchen ohne Urteil, sondern nur durch die Erklärung des Klägers in der Hauptsache erledigten Prozessen den Grundsatz aufstellte, daß die Kosten der zu tragen habe, der unterlegen wäre, wenn das nachträgliche, den Klageanspruch beseitigende Ereignis nicht eingetreten wäre.

§ 13.

Die Regelung der Kostenfrage ist auch der Grund, warum man ein die Klage abweisendes Urteil nicht für sachentsprechend gehalten hat. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß gegen ein solches Urteil unter den hier in Betracht kommenden Voraussetzungen an sich nichts einzuwenden ist, sicher jedenfalls, soweit es sich um die Entscheidung in Ansehung der Hauptsache handelt, mag nun

56) S. 67.

der Kläger durch das betreffende außerprozessuale Ereignis erlangt haben, was er mit der Klage bezweckte, oder mag das Ereignis die Weiterverfolgung seines Anspruches in der Art unmöglich gemacht haben, daß es überhaupt jede Aussicht auf materiellen Erfolg vernichtet hat [57]). Soll ein Urteil in der Sache selbst unter Berücksichtigung der durch das Ereignis verursachten Beseitigung des Klageanspruches ergehen, so kann es nur diesen Inhalt haben [58]). Die Folgen der römisch-rechtlichen litis contestatio sind im Gegensatz zu dem gemeinen Zivilprozeßrecht unserem heutigen Prozeß im allgemeinen unbekannt. Der Grundsatz, daß mit der litis contestatio der Gegenstand des Rechtsstreits unverrückbar festgestellt sei, gilt nicht für die Klageerhebung des heutigen Rechts. Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die den Klagegrund im engeren und eigentlichen Sinne darstellenden Tatsachen im Gegensatz zu solchen, die nur die Ausübung oder Verfolgbarkeit des Rechts betreffen, schon zur Zeit der Klageerhebung vorhanden sein mussen, letztere dagegen auch noch geltend gemacht wer-

57) Der Ansicht des O. L. G., Stuttgart (Recht 1910, Nr. 1611), bei Erfüllung des Klageanspruches könne dem Abweisungsantrage des Beklagten nicht stattgegeben werden, weil damit ein Unterliegen ausgesprochen würde, während der Kläger in Wirklichkeit mit seiner begründeten Klage durchgedrungen sei, kann nicht beigetreten werden. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus ist zwar der Beklagte der Unterlegene, nach dem formellen Prozeßrecht jedoch ist es der Kläger. Nimmt man z. B. den Fall, daß der Beklagte oder ein Dritter in Unkenntnis der erhobenen Klage gezahlt habe, sodaß also jeder ursächliche Zusammenhang zwischen Klage und Erfüllung fehlt, so wird man wirklich nicht sagen können, daß die Klage Erfolg gehabt habe. Auch Schlichter (S. 87/8) geht fehl, wenn er in solchen Fällen eine Entscheidung zur Hauptsache nicht allein für entbehrlich, sondern sogar für unmöglich hält, sodaß über die Berechtigung und Nichtbegründetheit des Klageanspruches in Gestalt der Verurteilung und Klageabweisung nicht entschieden werden könne, da dies nur so lange geschehen könne, als Streit sei. Die Urteilsunterlage bildet doch zunächst die Klage; solange eine Klage vorhanden ist, muß auch ein Urteil möglich sein. Struckmann-Koch (zu §. 91 C. P. O.) hält jedenfalls im Falle nachträglicher Befriedigung die Abweisung der Klage für richtiger als die Erledigungserklärung.

58) Hellwig, „Rechtskraft" S. 174.

den können, wenn sie erst nach Klageerhebung eingetreten sind [59]). Sicher und niemals bestritten worden aber ist jedenfalls, daß im übrigen der Klageanspruch dem Einfluß nach Klageerhebung eingetretener, die materielle Rechtslage berührender Ereignisse unterworfen ist. Für die sachlichen Grundlagen der richterlichen Entscheidung ist insoweit jedenfalls kein anderer Zeitpunkt maßgebend als die Zeit der Urteilsfällung [60]).

Freilich ist dabei Voraussetzung, daß nicht die Beseitigung des materiellen Anspruches als solche, vielmehr nur deren Geltendmachung im Prozeß diese Wirkung hat. Denn für den Prozeß ist im allgemeinen ein Sachverhalt nur insoweit von Bedeutung, als er von den Parteien vorgetragen wird. Lediglich nach Maßgabe des von den Parteien vorgebrachten Materials, des von diesen zu beschaffenden und beschafften Prozeßstoffes hat der Richter seine Entscheidung zu treffen. Sein Urteil ist inhaltlich von der Beschaffenheit und dem Ergebnis der gesamten mündlichen Verhandlung abhängig. Das Bestehen eines außerprozessualen Tatbestandes ist hiernach erst dann von Einfluß auf den Lauf des Rechtsstreits und seine Entscheidung, wenn er durch das Parteivorbringen zum Prozeßtatbestand geworden ist. Wie der Kläger auf Grund nur von — sei es gut- oder bösgläubig — behaupteten, in Wirklichkeit aber gar nicht bestehenden Tatsachen einen Anspruch im Prozeß geltend machen kann und die Übereinstimmung der ergehenden Entscheidung mit dem wirklichen Sachverhalt nur davon abhängig ist, daß dieser nur behauptete Tatbestand infolge des Vorbringens des Beklagten und der prozessualen Wahrheitsermittlung als solcher festgestellt wird, so wird auch das prozessuale Schicksal des zur Zeit der Klageerhebung als bestehend behaupteten Anspruches noch nicht da-

59) Diesem Unterschied wird Beachtung geschenkt z.B. bei Seuff. A. 53, Nr. 229 (R. G.); 54, Nr. 57 (R. G.).

60) Dafür, daß es heute auf den Zeitpunkt des Urteils ankommt, vgl. u. a. Seuff. A. 37, Nr. 151, 152; 39, Nr. 148; 42, Nr. 273; 49, Nr. 127, 200; 50, Nr. 48; 67, Nr. 117; R. O. L. G. 3, S. 320; sämtliche Kommentare, Hellwig, Lehrbuch S. 225; Mannherz S. 82, Schlichter S. 499 usw.

durch berührt, daß nachträglich das materielle, den Klageanspruch stützende Recht untergeht.

Gewisse Ereignisse allerdings, wie z. B. eine während des Rechtsstreits in Kraft getretene Änderung der Gesetzgebung, hat das Gericht unabhängig von dem Vorbringen der Parteien von amtswegen bei der Entscheidung des Rechtsstreits zu berücksichtigen.

2. Das Urteil im Kostenpunkt.

a) Grundsätzliche Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 93 C. P. O.

§ 14.

Mit der Feststellung, daß das klageabweisende Urteil eine der Sachlage entsprechende Entscheidung sei, ist aber die Brauchbarkeit desselben für unsere Fälle nicht bewiesen. Diese Frage kann erst bejaht werden, wenn die mit diesem Urteil notwendig zu verbindende Entscheidung im Kostenpunkt befriedigend getroffen werden kann. So spitzt sich die Frage dahin zu, ob dieses Urteil in der Hauptsache dem Richter eine solche Bewegungsfreiheit läßt, daß auch der Beklagte trotz Klageabweisung mit den Kosten des Rechtsstreits belastet werden kann; denn es gibt, wie wir sahen, Fälle, wo die zu ungunsten des Klägers ergehende Kostenentscheidung der Billigkeit nicht entsprechen würde. Was allein gegen die Möglichkeit eines solchen den Beklagten belastenden Kostenurteils sprechen kann, ist der Umstand, daß der abgewiesene Kläger nach dem formellen Prozeßrecht unterlegen ist. Denn wenn ein Urteil in der Hauptsache ergeht, so kann das Unterliegen und Obsiegen der Parteien nur danach festgestellt werden, inwieweit das Urteil den Anträgen der Parteien entspricht. Die unterliegende Partei aber hat nach § 91 C. P. O. die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Es wird nun die Ansicht vertreten, daß eine Ausnahme von der Vorschrift des § 91 — wenigstens was den mit seiner Klage abgewiesenen Kläger betrifft — nicht ge-

stattet sei, daß also im Falle der Klageabweisung das den Kläger zu den Kosten verurteilende Erkenntnis prozessual allein zulässig und der Richter ausnahmslos zu solcher Entscheidung gezwungen sei [61]). Von dem Grundsatz des § 91 C. P. O. sei nur für den Beklagten durch die Bestimmung des § 93 C. P. O. eine Ausnahme insofern gemacht, als trotz des Obsiegens des Klägers dieser die Kosten des Rechtsstreits tragen müsse, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt habe. Eine analoge Anwendung des § 93 C. P. O. auf unseren Fall sei nicht angängig. Ist diese Ansicht richtig, dann muß freilich wegen der untergeordneten Kostenfrage, die aber gerade wegen der engen Verbindung, in der sie zur Entscheidung in der Hauptsache steht [62]), von Bedeutung sein kann, das klageabweisende Urteil als eine in unserem Falle nicht passende Lösung bezeichnet und — da eine den Beklagten dem Klageantrag gemäß verurteilende Entscheidung selbstverständlich sinnlos ist — ein Ausweg gesucht werden, welcher das auf Klageabweisung lautende Urteil in der Hauptsache vermeidet.

Richtig ist, daß die Ausnahmebestimmung des § 93 C. P. O. sich nicht auf den Kläger bezieht. Ihre analoge Anwendung auf den Fall der Klageabweisung steht jedoch nicht in Widerspruch mit dem Geist und System des Gesetzes. Das Gesetz will, wie sich aus § 93 C. P. O. ergibt, daß diejenige Partei, die zur Klage keine Veranlassung gegeben hat, im übrigen aber sofort so handelt, wie es der Sach- und Prozeßlage entspricht, trotz ihres Unterliegens keine Kosten tragen soll. Zwar ergibt sich aus diesem Unterliegen des Beklagten, daß es sich regelmäßig in § 93 C. P. O. um eine begründete Klage handelt, als auch unter dem Erfordernis, daß „der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben", Umstände

61) So z. B. Ederheimer S. 61; Gerson S. 264; Schlichter S. 499; Stölzel S. 22; Waldstein S. 618.

62) o. S. 36.

verstanden sind, die für die Frage der Verurteilung gleichgültig sind. Aber § 93 ist auch dann anzuwenden, wenn die ursprünglich unbegründete Klage, welche der Beklagte mit Recht bestreitet, nachträglich begründet wird, weil der Anspruch inzwischen z. B. fällig geworden ist, und nunmehr der Beklagte den Klageanspruch sofort anerkennt [63]). In diesem Falle liegt das Erfordernis, daß der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben haben darf, in der Unbegründetheit des Anspruches selbst, also in einem an sich für die Beurteilung maßgebenden Umstand. Dem entspricht aber auf der Seite des Klägers der Fall, daß die ursprünglich begründete Klage nachträglich unbegründet wird und der Kläger sofort hiernach im Prozeß handelt. Unter diesen Voraussetzungen kann man nicht sagen, daß der unterliegende Kläger den Prozeß veranlaßt habe und daß die Auffassung, der unterliegende Kläger habe s t e t s den Prozeß veranlaßt, richtig sei. Veranlaßt hat in diesem Falle den Rechtsstreit der Beklagte, insofern er dem Kläger durch die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit berechtigten Grund zur Erhebung der Klage gegeben hat. Soll aber der Beklagte nicht darunter leiden, wenn die anfänglich unbegründet gewesene Klage beginnt, begründet zu werden und er durch entsprechendes Verhalten im Prozeß diesem Umstand Rechnung trägt, so ist nicht einzusehen, warum diese Vergünstigung unter den entsprechenden Verhältnissen nicht auch für den Kläger gelten und dieser nicht auch die Möglichkeit haben soll, sich von den Kosten frei zu machen [64]).

b) Prozessuale Voraussetzungen für die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 93 C. P. O. im einzelnen.

§ 15.

Prüfen wir im einzelnen die Voraussetzungen, unter denen eine solche unter entsprechender Anwendung des

63) So auch Hellwig, „Anspruch und Klagerecht" S. 364.
64) Auf diesen Fall weist besonders Lazarus (S. 606) hin.

§ 93 C. P. O. ergehende Kostenentscheidung statthaft ist, so ergibt sich, abgesehen von dem Erfordernis, daß die Klage zur Zeit ihrer Erhebung begründet sein muß, folgendes:

Dem sofortigen Anerkenntnis der nachträglich begründet gewordenen Klage durch den Beklagten muß auf Seiten des Klägers der sofortige Verzicht auf jeden Versuch entsprechen, die durch den Untergang des materiellen Rechts unbegründet gewordene Klage weiter aufrechtzuerhalten. Der Kläger muß also den auf Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache gerichteten Antrag fallen lassen, er darf die Durchsetzung dieses Antrags nicht mehr betreiben. Damit aber nicht aus solchem Verhalten des Klägers auf eine Klagezurücknahme oder auf einen Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch geschlossen werden kann, wird es notwendig sein, daß der Kläger dem Gericht angibt, weshalb er seinen Antrag in der Hauptsache nicht weiter verfolgen will. Damit räumt er die Vermutung, er wolle die Klage zurücknehmen oder auf den Anspruch verzichten, aus dem Wege, da ja eine derartige Einschränkung des Klageantrages eine Klagezurücknahme oder einen Verzicht nur darstellen k a n n, nicht aber notwendig darstellen muß, vielmehr eine andere Auffassung, nämlich die eines bloßen Liegenlassens und Nichtbetreibens des Klageantrages zuläßt. Eine Äußerung des Klägers über den Punkt, warum er keinen Antrag zur Hauptsache mehr stellt, wird auch darum zu empfehlen sein, damit er nicht als eine Partei erscheint, die nicht verhandelt, und gegen die daher, falls der Beklagte auf Abweisung der Klage besteht, gemäß §§ 330, 333 C. P. O. ein Versäumnisurteil ergehen kann bzw. muß, das den Kläger auch im Kostenpunkte belastet. Denn in der Aufrechterhaltung des Kostenantrages allein kann jedenfalls ein Verhandeln nicht gesehen werden. Schließlich ist eine Äußerung des Klägers über den Untergang des dem Klageanspruch zugrunde liegenden materiellen Rechts und die Art dieses Unterganges nicht zu entbehren, um eben abweichend von der Regel trotz der Klageabweisung zugunsten des Klägers über die Kostenfrage entscheiden zu können, wenn auch ein Antrag des Klägers, die

Kostenentscheidung zu seinen Gunsten zu erlassen, entbehrlich ist, da auch die direkte Anwendung der Vorschrift des § 93 C. P. O. nicht an einen Antrag gebunden ist. Über die von dem Kläger behauptete nachträgliche Beseitigung seines Klageanspruches hat sich der Beklagte wie über alle anderen behaupteten Tatsachen zu erklären (§ 138 C. P. O.). Bestreitet der Beklagte die angeführten Tatsachen, so trifft den Kläger die Beweislast für die Richtigkeit seiner Behauptung. Hierbei kann der Beklagte, sei es allein oder in Verbindung miteinander, sowohl das Ereignis, das der Kläger als die Ursache des Untergangs seines Rechts anführt, zugestehen und sich lediglich darauf berufen, daß der erhobene Anspruch von vornherein unbegründet, also überhaupt nicht von diesem Ereignis berührt worden sei, als auch lediglich das behauptete Ereignis in Abrede stellen. Durch die Möglichkeit des Zugeständnisses der Tatsache, die den Anspruch zum Erlöschen gebracht hat, durch den Beklagten ist den Parteien ein Weg gegeben, auf dem sie stets beliebig, mag auch die Tatsache nur als ihre Behauptung, nicht aber auch in der Wirklichkeit bestehen, den Prozeß beenden können, vorausgesetzt, daß die ursprüngliche Begründetheit des Anspruches unter den Parteien feststeht.

Das Ereignis, das der Kläger als Grund seiner Klaglosstellung behauptet, hat demnach auf den Fortgang des Prozesses gar keinen Einfluß. Wenn auch diese Tatsache der nachträglichen Beseitigung des Klageanspruches feststände, ist der Rechtsstreit immer noch solange weiterzuführen, bis die Frage nach der ursprünglichen Begründetheit der Klage entscheidungsreif ist, also so zu verfahren, als wenn das betr. Ereignis gar nicht eingetreten wäre. Die Prüfung, ob die Klage von vornherein begründet gewesen sei, läßt sich also, man mag sich wegen der Art der Erledigung des Rechtsstreits auf einen Standpunkt stellen, auf welchen man will, nicht umgehen. Auch diejenigen, die in den hier in Frage stehenden Fällen ein Urteil, das den Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache für erledigt erklärt, für gegeben erachten, müssen auf diese Frage wegen

der Kostenentscheidung eingehen. Diese Notwendigkeit wird in der Praxis oft den Wunsch nach einer einfacheren Regelung der Kostenfrage laut werden lassen. Denn mitunter — die Beseitigung des Klageanspruchs wird z. B. schon in der ersten Verhandlung behauptet und bleibt unbestritten — wird gerade durch die für die Kostenentscheidung notwendige Feststellung, ob die Klage von vornherein begründet war, der Prozeß erhebliche Kosten verursachen. Mit Recht bezeichnet es Gmelin [65]) als einen Mißstand, wenn lediglich wegen der Kosten einer vielleicht eben erst erhobenen und nun gegenstandslos gewordenen Klage die Sache durch die Instanzen geführt und etwa mit umfangreichen Beweisaufnahmen noch Jahre hindurch gestritten werden soll. Von diesem rein praktischen Gesichtspunkt aus betrachtet, hat daher die in erster Linie von Mannherz, weiterhin auch von Gmelin vertretene Ansicht, daß die Kostenentscheidung sich danach zu richten habe, ob die Klage zu dem erzielten Erfolg geführt habe oder nicht, vieles für sich. Denn steht das die Klage gegenstandslos machende Ereignis unter den Parteien fest, so ist auch damit — wenigstens in tatsächlicher Beziehung — ohne weiteres klargestellt, ob diese Wirkung des Ereignisses für den Kläger Erfolg oder Mißerfolg bedeutet, eine weitere Fortführung des Rechtsstreits wegen der Frage nach der ursprünglichen Berechtigung der Klage also auf jeden Fall überflüssig. Es ist daher zu bedauern, daß diese Art der Erledigung unserer Frage im Gesetz keine Stütze findet und so verworfen werden muß.

Weiter ist die Frage zu prüfen, in welchem Augenblick der Kläger von der weiteren Verfolgung seines untergegangenen Anspruches abzustehen hat, wenn er der Verurteilung in die Kosten des Rechtsstreits entgehen will: ob dieser Zeitpunkt nach dem Eintritt des betreffenden Ereignisses oder nach der Kenntnisnahme des Klägers von diesem Ereignis zu bemessen ist. Kostenentscheidungen richten sich grundsätzlich nur nach dem objektiven Inhalt des Ur-

65) S. 1295.

teils in der Hauptsache, nach dem Unterliegen und Obsiegen der Parteien. Jede Rücksichtnahme auf andere Momente, namentlich auf ein Verschulden der Parteien, auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Begründetheit bzw. der Unbegründetheit des Klageanspruchs scheidet bei Beurteilung der Kostenfrage aus und daher ist auch eine solche Partei kostenpflichtig, die im besten Glauben an die angebliche tatsächliche oder rechtliche Berechtigung ihrer Klage abgewiesen worden ist. § 93 C. P. O. bedingt seiner ganzen Anlage nach ein Abgehen von diesem strengen, in § 91 C. P. O. zum Ausdruck gebrachten Standpunkt und gestattet, auch andere aus dem Verhalten der Parteien sich ergebende Umstände als Grundlage für die Kostenentscheidung zu benutzen. Es ist die Frage, ob hierzu auch die Kenntnis bzw. die unverschuldete Nichtkenntnis der Parteien, insbesondere des Beklagten, von den die Klage begründenden Tatsachen gehört. In § 94 C. P. O. wird diesem Umstande auf die Kostenentscheidung ausdrücklich insofern Einfluß eingeräumt, als dem Kläger, der einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend macht, ohne vor Erhebung der Klage dem Beklagten den Übergang mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen zu haben, die Prozeßkosten insoweit zur Last fallen, als sie dadurch entstanden sind, daß der Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch zu bestreiten. Diese Vorschrift spricht schon durch ihre ausschließliche Bezugnahme auf einen bestimmten Einzelfall dafür, daß es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt und daß im übrigen der Unkenntnis des Beklagten keine Bedeutung für die Kostenfrage beigemessen werden soll. Denn wenn sich solches aus § 93 C. P. O. ergäbe, würde § 94 C. P. O. nur eine Wiederholung und somit überflüssig sein. Zudem muß beachtet werden, daß im § 94 die Unkenntnis des Beklagten nur die Unterlassung der Anzeige seitens des Klägers als Ursache haben darf, daß es aber nicht als genügend für die Anwendung dieser Vorschrift erachtet werden kann, wenn der Kläger diese Anzeige zwar erstattet, sie auch dem Beklagten zugegangen

ist, dieser aber, sei es auch ohne jedes Verschulden, keine Kenntnis davon erhalten hat. Hiernach ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Unkenntnis des Beklagten von der Begründetheit des Klageanspruches, sei sie eine verschuldete oder nicht, für die in § 93 C. P. O. vorgesehene besondere Regelung der Kostenfrage keinerlei Bedeutung beigemessen werden kann und daß das Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruches sofort ohne vorgängige Bestreitung in dem ersten Termin, in dem es zu einer Verhandlung kommt, zu erfolgen hat, d. h. wenn die Klage erst im Laufe des Rechtsstreits begründet wird, sofort nach diesem Ereignis. Hiervon in der rechtlichen Behandlung unserer Fälle abzugehen, fehlt es an jeder Veranlassung. Etwaige sogenannte Unbilligkeiten, die sich hieraus in Fällen ergeben, in denen der Kläger von dem Ereignis, das den Untergang seines Anspruches im Gefolge hat, keine Kenntnis haben kann, dürfen ebensowenig wie bei der unmittelbaren Anwendung des § 93 C. P. O. von Einfluß sein. Der Kläger muß demnach, wenn er von der Kostenpflicht frei bleiben will, sofort in der ersten Verhandlung, nachdem das betreffende Ereignis eingetreten ist, von dem weiteren Streit abstehen. Tut er dies erst nach Kenntnis von diesem Ereignis, so hat er keinen Anspruch auf diese Befreiung; er versucht dann mit einer unbegründeten Klage durchzudringen wie der Kläger, dessen Klage von vornherein abweisungsreif ist, wird also auch hinsichtlich der Kosten wie dieser behandelt.

§ 16.

Kann aber der Kläger in allen Fällen, in denen ein nachträglich eingetretenes außerprozessuales Ereignis den Klageanspruch beseitigt hat, durch sofortiges Ablassen von der Weiterführung des Prozesses die Kostenpflicht von sich auf den Beklagten abwälzen?

Das Ereignis, das den Untergang des Klageanspruchs herbeiführt, kann ja, wie wir sahen, recht verschiedenen Ursprungs und die Beseitigung des Klageanspruchs selbst doppelten Charakters sein.

Eine befriedigende Antwort auf die Frage, wann die Kostenentscheidung zugunsten des Klägers ergehen soll, gibt das Gesetz nicht. Eine strikte analoge Anwendung des § 93 C. P. O. ist nicht möglich. Die oben besprochene Mannigfaltigkeit der Lösungen, welche das dieser Frage kongruente Problem der Zulässigkeit der Erledigungserklärung bzw. des den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärenden Urteils in den einzelnen entsprechenden Fällen gefunden hat, beweist, wie lückenhaft das Gesetz in dieser Beziehung ist.

Das kann man wohl, wenn man überhaupt die hier vorgeschlagene Regelung in Fällen nachträglichen Untergangs des der Klage zugrunde liegenden materiellen Rechts zulassen will, ohne nähere Begründung annehmen, wie ja auch die meisten hinsichtlich der Zulässigkeit der Erledigungserklärung einer Meinung sind: daß nämlich eine derartige Kostenentscheidung zu Lasten des Beklagten überall da unter den erwähnten Voraussetzungen am Platze ist, wo ohne Verschulden des Klägers — sei es durch eine Handlung des Beklagten oder durch ein anderes von dem Kläger nicht zu vertretendes Ereignis — stelle sich dieses als Erfüllung des Klagebegehrens dar oder nicht — der Klageanspruch beseitigt wird.

Ist aber eine solche Kostenentscheidung auch dann berechtigt, wenn das Ereignis in einer Handlung des Klägers, insbesondere in einer verschuldeten Handlung desselben besteht?

Ich bin der Meinung, daß man diese Fälle in gleicher Weise wie die übrigen behandeln, also die gestellte Frage bejahen muß, und zwar muß hierfür die Erwägung ausschlaggebend sein, daß es unbillig wäre, den Kläger durch die Bedrohung mit der Prozeßkostenpflicht in der Verfügung über das geltend gemachte Recht bzw. die in Streit befangene Sache zu beschränken. Schon Lazarus [66]) hat darauf hingewiesen, daß man dann, wenn das Recht des Klägers infolge seiner freiwilligen Handlung, aufhört, sich für die Zu-

66) S. 619.

lässigkeit der Erledigungserklärung entscheiden müsse, da sonst die Verfügungsfreiheit des Klägers zu sehr eingeschränkt würde. Behält man im Auge, daß es sich um eine begründete Klage handeln muß, dann ist nicht einzusehen, warum der Kläger durch den Prozeß beeinträchtigt sein soll, über sein Recht und über seine Sache, um die er streitet, zu verfügen. Mit Recht fragt Lazarus [67]) zu dem Fall, in dem der Kläger Klage auf Feststellung des Eigentums an einem in seinem Besitze befindlichen Briefe erhoben hat, dessen Eigentum sich der Beklagte angemaßt hat, ob der Kläger wegen einer vielleicht ganz leichtfertigen Anmaßung des Beklagten den Brief nicht vernichten dürfen soll, wenn er dies nachträglich für gut befinde, und ob er, wenn er es doch tue, die Kosten eines Rechtsstreits tragen solle, dessen Beweis schon ganz zu seinen Gunsten ausgefallen sei. Können nach § 265,1 C. P. O. die Parteien über die in Streit befangene Sache durch Veräußerung oder über den geltend gemachten Anspruch durch Abtretung verfügen, so muß als sicher angenommen werden, daß der Kläger während des Prozesses über seine eigene Sache, über sein eigenes Recht, um welches gestritten wird, verfügen kann, ohne daß ihm darum für den Prozeß Nachteile im Kostenpunkt erwachsen. Für den Beklagten enthält ein solches Verfahren keine Unbilligkeit, da er ja doch, wenn das betreffende Ereignis nicht eingetreten wäre, als verlierender Teil die Kosten hätte tragen müssen. Man kann also nicht sagen, der Kläger könnte auf diese Weise den Beklagten wenigstens mit den Kosten belasten.

Das Gesagte muß auch für den Fall gelten, wenn der Kläger die in Streit befangene Sache oder den geltend gemachten Anspruch an einen solchen Dritten veräußert bzw. abtritt, dem gegenüber das Urteil nach § 325 C. P. O. nicht wirksam ist, obschon hier die Gefahr vorliegt, daß dieselbe Sache oder derselbe Anspruch von ihren späteren Besitzern bzw. Gläubigern in ebensolcher Weise weiter veräußert bzw. weiter abgetreten wird und die Kläger sich auf die

67) S. 619.

gleiche Art aus dem Prozeß herausziehen wollen. Denn dem Beklagten steht hier zum Schutz gegen die ihm stets drohende Verurteilung in die Prozeßkosten die Einrede der mangelnden Sachlegitimation zu, woraufhin auch die Kosten dem Kläger aufzulegen sind.

§ 17.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis: Abgesehen von den unten zu erwähnenden Ausnahmen, ist in allen Fällen, in denen während des Rechtsstreits der Klageanspruch durch den Eintritt gewisser Ereignisse beseitigt wird, eine Entscheidung zur Hauptsache und zwar ein klageabweisendes Urteil auch dann zu erlassen, wenn der Kläger mit Rücksicht auf die Wirkung dieses Ereignisses sofort von der weiteren Verfolgung der Klage absteht. Bei begründeter Klage ist in entsprechender Anwendung von § 93 C. P. O. im Kostenpunkt zu Lasten des Beklagten zu entscheiden ohne Rücksicht auf Art und Natur des Ereignisses, das den Klageanspruch beseitigt hat. Es ist ohne Einfluß, ob ein von den Parteien nicht zu vertretendes Ereignis oder eine Handlung die Ursache des Untergangs des Rechts des Klägers ist.

IV. Die „Erledigung des Rechtsstreits" infolge des durch den Wegfall einer Partei bedingten Unterganges des Klageanspruchs.

1. Das Urteil in der Hauptsache.

a) Unzulässigkeit eines in der Sache selbst entscheidenden Urteils nach § 325 C. P. O.

§ 18.

Während es sich im Vorhergehenden um Fälle handelte, in denen nicht so sehr die Entscheidung in der Hauptsache als vielmehr diejenige im Kostenpunkt im Mittelpunkt der Erörterung stand, indem es galt, beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen eine diesen entsprechende und mit dem klageabweisenden Urteil nicht im Widerspruch

stehende Kostenentscheidung zu finden, nimmt bei der Behandlung der folgenden Ausnahmefälle auch die Frage der Entscheidung in der Hauptsache eine hervorragende Stelle ein. Wie angedeutet, kann das vorbesprochene Verfahren nicht auf alle Fälle der in Frage kommenden Art Anwendung finden und zwar nicht so sehr aus Gründen, welche die Entscheidung im Kostenpunkt betreffen, wiewohl auch diese in den Ausnahmefällen ganz anders lauten muß, als weil ein klageabweisendes Urteil und überhaupt ein Urteil in der Hauptsache in zusprechendem oder abweisendem Sinne unter allen Umständen unmöglich ist. Zu diesen Fällen gehören alle solche, in denen während des Verfahrens eine der Parteien stirbt oder sonst in Wegfall kommt, und den Gegenstand des Prozesses ein unübertragbares Recht bildet, eine Rechtsnachfolge bezüglich des Klageanspruches also ausgeschlossen ist. Hierunter fallen z. B. die in den §§ 606, 628, 640 C. P. O. erwähnten Fälle [68]). Daß diese Fälle nicht dem besprochenen Verfahren unterworfen werden können, hat seinen Grund darin, daß mit dem Untergang des der Klage als Unterlage dienenden Rechtsverhältnisses zugleich eine der beiden Parteien ausscheidet. Dieser Wegfall der Partei zieht unter den bewandten Verhältnissen die Folge nach sich, daß ein Urteil überhaupt nicht ergehen

---

68) Hellwig erwähnt als weitere Beispiele den Prozeß über das Namensrecht, während dessen Verlauf der Kläger stirbt, ferner den Prozeß, den der Nießbraucher mit dem Eigentümer über die Feststellung seines Nießbrauchs führt, ohne ihn infolge seines Todes zu Ende bringen zu können, den Prozeß der offenen Handelsgesellschaft über eine Gesellschaftsschuld, wenn die Gesellschaft sich vor rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens auflöst und keine Liquidation stattfindet, auch wegen des Mangels von ungeteiltem Gesellschaftsvermögen der § 158 B. G. B. außer Anwendung bleibt (Hellwig, „Rechtskraft", S. 148, Anm. 11, 12).

Aus der Rechtsprechung des Kammergerichts sei folgender Fall hier angeführt: Während des Anfechtungsprozesses, den der Konkursverwalter gegen einen dritten Erwerber führte, hatte das Konkursverfahren sein Ende erreicht, wodurch in dem betreffenden Falle die Legitimation des Konkursverwalters zur weiteren Verfolgung des Anfechtungsanspruches erlosch (Busch 23, S. 200; vgl. auch R. O. L. G. 9, S. 61 [O. L. G. Celle]).

kann. Da im allgemeinen als Grund des Wegfalls der Partei nur deren Tod in Betracht kommt, sei von diesem Fall bei der folgenden Erörterung ausgegangen.

Der Tod einer Partei beendigt den Prozeß an sich nicht, es sei denn — und dies ist die einzige Ausnahme — daß die übrigbleibende Partei Rechtsnachfolgerin der Verstorbenen wird; in diesem Falle erlischt der Prozeß durch Konfusion oder Konsolidation, weil er das Vorhandensein von zwei Parteien voraussetzt. Im übrigen aber gilt die Bestimmung des § 239 C. P. O., daß im Falle des Todes einer Partei nur eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger eintritt, und auch diese Bestimmung gilt nur, wenn keine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand (§ 246 C. P. O.). Wie aber, wenn in dem einzelnen Fall kein Rechtsnachfolger vorhanden ist, weil das Recht, das den Streitgegenstand bildet, unübertragbar ist, und infolgedessen der vorhandene Rechtsnachfolger der Partei, also vor allem der Erbe, weder aktiv noch passiv in dem Prozeß die rechtliche Persönlichkeit der verstorbenen Partei fortsetzt? Schon von dem Standpunkt des Nichtjuristen aus will es scheinen, daß eine Fortsetzung des Prozesses sowie ein Urteil in der Hauptsache in diesem Fall keinen Sinn habe. Denn den Erben geht der Streit — abgesehen vielleicht von der Kostenfrage — gar nichts an, und er wird durchweg nicht das geringste Interesse haben, der Sache selbst wegen den Prozeß fortzusetzen. Was soll dem Erben gegenüber ein klageabweisendes Urteil, das seine Rechtssphäre gar nicht berührt, dem er fremd wie irgend ein Dritter gegenübersteht?

Die Lösung bietet § 325 C. P. O., der bestimmt, daß die Rechtskraft der Urteile im Prinzip sich nur auf die ursprünglichen Parteien, ferner auf diejenigen Personen erstreckt, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind, daß also auch diesen Personen gegenüber die Entscheidung getroffen werden kann. Da aber in den zur Erörterung stehenden Fällen, wo es sich um rein persönliche Rechtsbeziehungen handelt, eine Rechtsnachfolge ausgeschlossen ist, könnte höchstens in

Frage kommen, ob ein Rechtsverhältnis der erwähnten Art wenigstens gegenüber denjenigen Rechtsnachfolgern der weggefallenen Partei, die zwar nicht gerade in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis succedieren, aber im übrigen in alle Rechtsbeziehungen des Vorgängers eintreten, festgestellt werden kann. Aber auch dem allgemeinen Rechtsnachfolger fehlt jede Beziehung zu dem die Grundlage des Rechtsstreits bildenden Rechtsverhältnis. Wenn er auch in allem übrigen die juristische Persönlichkeit seines Vorgängers fortsetzt, so doch nicht hinsichtlich des im Prozeß befangenen Anspruchs bzw. der streitigen Verpflichtung. Diesem Anspruch und dieser Verpflichtung fehlt es an einem neuen Träger; an die Stelle des bisherigen Subjekts dieses Rechtsverhältnisses kann wegen der rein persönlichen Natur dieses Verhältnisses kein neues Subjekt treten. Mithin könnte ein solches Urteil, das die Klage wegen des mit dem Wegfall einer Partei in untrennbarer Verbindung stehenden Untergangs des Klageanspruchs abwiese, gegenüber dem in den Rechtsstreit Eingetretenen überhaupt keine Wirkung haben. Insoweit stände dieser dem Urteil wie ein unbeteiligter Dritter gegenüber. So sagt auch Hellwig [69]), daß keineswegs jedes gegenüber dem Erblasser ergangene Urteil für und gegen den Erben als Universalnachfolger Rechtskraft schaffe, dies vielmehr nur soweit zutreffe, als für den Erben aktiv oder passiv solche Rechtsverhältnisse in Frage ständen, in die er succediert sei oder succediert sein würde, wenn sie gegenüber dem Erblasser bestanden hätten. Die Rechtskraft cessiere gegenüber dem Erben, soweit dieser nicht als successor in Betracht komme. Entbehrt aber aus diesen Gründen das zu erlassende, in der Sache selbst entscheidende Urteil der rechtlichen Beziehung zu dem sogenannten Rechtsnachfolger, so fehlt es an einem Prozeßsubjekt, dem gegenüber der Prozeß entschieden werden könnte. Also kann, selbst wenn der Rechtsnachfolger, wozu er bei solcher Sachlage nicht als verpflichtet angesehen werden kann, den Prozeß in der Hauptsache aufnimmt, ein Urteil nach den ursprünglichen

69) „Rechtskraft" S. 147.

Anträgen der Parteien nicht ergeben. Der einzig mögliche Inhalt eines derartigen Urteils ist, soweit die Hauptsache in Frage kommt, der in § 628 C. P. O. vorgeschriebene: Der Rechtsstreit ist in Ansehung der Hauptsache für erledigt zu erklären. Dies gilt für alle Fälle, in denen wegen des den Streitgegenstand bildenden Anspruches, bzw. wegen der entsprechenden Verpflichtung eine Rechtsnachfolge nicht stattfindet. Das hier als allein mögliche Art der Erledigung des Rechtsstreits gefundene Verfahren stimmt im Ergebnis mit jenem überein, das allgemein, auch für die Behandlung der im vorhergehenden Abschnitt besprochenen Fälle, Anwendung gefunden hat [70]). Nur Hellwig [71]) hat eine Trennung der Fälle nach den hier niedergelegten Gesichtspunkten für notwendig gehalten und in dem Fehlen der Rechtsnachfolge den alleinigen Grund für die Möglichkeit, aber auch die Notwendigkeit des Erledigungsurteils erkannt.

Dieser Grund bietet einen weiteren Beweis für die Verfehltheit der Ansichten von Mannherz und Ederheimer, denen zufolge auch beim Wegfall des Klägers die Zurücknahme der Klage die einzige Lösung bildet. Denn eine zur Zurücknahme der Klage legitimierte Persönlichkeit ist mangels eines Rechtsnachfolgers überhaupt nicht vorhanden. Eine Klagezurücknahme ist unmöglich.

b) Inhalt des Urteils, seine Unabhängigkeit von den Parteianträgen und sein Charakter als Urteil zur Hauptsache.

§ 19.

Die Bestimmung des § 628 C. P. O., daß die die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache aussprechende Entscheidung von amtswegen zu erlassen sei, duldet keine Beschränkung auf die in dem genannten § sowie auf die im § 640 C. P. O. erwähnten Fälle. Überall, wo solch ein Urteil in Betracht kommt, ist dieses unabhängig von den An-

70) Hellwig, „Rechtskraft", S. 147 ff.
71) Vgl. Abschnitt II dieser Abhandlung.

trägen und dem Verhalten der Parteien auszusprechen. Das Fehlen einer Partei entzieht dem Prozeß eine seiner wesentlichsten Voraussetzungen und ist daher von amtswegen zu berücksichtigen. Es gebietet dies nicht allein, wie Lazarus mit ausschließlicher Bezugnahme auf den § 628 C. P. O. betont [72]), das öffentliche Interesse, dem daran liegt, daß solche bedeutungslosen Urteile nicht ergehen, vielmehr ist die Beendigung des Prozesses auf dem Wege des von den Parteianträgen abhängigen Urteils gar nicht denkbar. Die besondere Art der in Frage stehenden Erledigung schließt ein Eingehen auf die diese Erledigung nicht berücksichtigenden Parteianträge aus.

Wenn die Voraussetzung dieses Urteils der mit dem Untergang des Klageanspruches verbundene Wegfall einer Partei, und das Urteil unter dieser Voraussetzung von amtswegen zu erlassen ist, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, auf welcher Grundlage das Gericht dieses Urteil findet: ob lediglich auf Grund des diese Tatsache zur Kenntnis des Gerichts bringenden Parteivorbringens oder ob auch unter Mitwirkung eigener auf die Feststellung dieser Tatsache sich erstreckenden inquisitorischen Tätigkeit. Bildet insbesondere die übereinstimmende Erklärung der alten Partei und des an Stelle der weggefallenen Partei Eingetretenen über das Vorhandensein der fraglichen Tatsache eine genügende Voraussetzung zum Erlaß unserer Entscheidung? Grundsätzlich ist auch hier das Prinzip der das Verfahren des Zivilprozesses beherrschenden Verhandlungsmaxime zur Anwendung zu bringen. Eine Ausnahme hiervon wird aber der Erledigungsfall des § 628 C. P. O. und entsprechend der gleichartigen prozessualen Behandlung der Statussachen derjenige des § 640 C. P. O. bilden; wenigstens wird dem, was Lazarus [72]) hierüber sagt, nicht uneingeschränkt zugestimmt werden können. Lazarus ist der Ansicht, daß auch im Eheprozeß, wenn beide Teile die Erledigung wegen Todesfalls erklären, das Gericht nicht zu untersuchen habe, ob ein Erledigungsgrund wirklich vorliege, da kein

72) S. 652 ff.

öffentliches Interesse daran bestehe, daß eine materielle oder sonstige Entscheidung zur Hauptsache ergehe, wenn die Parteien sie nicht wollten. Soweit hier dem Gericht nicht die Verpflichtung auferlegt ist, durch eigene Tätigkeit die tatsächlichen Grundlagen des in Frage stehenden Urteils zu beschaffen oder über die sonst geltenden Grenzen hinaus Beweisaufnahmen anzuordnen, ist die angeführte Stelle richtig. Auch einer analogen Anwendung von § 622 C. P. O. dürften keine Bedenken entgegenstehen. Bei der Erwägung der Möglichkeit der analogen Anwendung dieser Vorschrift hätte es aber nahe gelegen, auch die Bestimmung des § 617 C. P. O. zu solcher Anwendung heranzuziehen, wonach u. a. die sonst geltenden Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Tatsachen und über die Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses außer Kraft treten. Solch' übereinstimmende Erklärung hinsichtlich des Vorliegens des Erledigungsgrundes — wenn wir den die Erledigung im Gefolge habenden Wegfall einer Partei mit Lazarus so nennen wollen — kann aber nur als nicht bestrittene bzw. ausdrückliche zugestandene Tatsachenbehauptung angesehen werden, so daß also die Übereinstimmung der Erklärungen an sich hier keinen festgestellten, keines Beweises und keiner Nachprüfung mehr bedürftigen Tatbestand schafft. Das Gericht kann solchen Behauptungen Glauben schenken, muß es aber nicht; insoweit wird die übereinstimmende Erklärung keine ausreichende Grundlage für das Urteil bilden können. Die Anregung zu dem Erlasse des Urteils kann in solchen Prozessen natürlich auch von der Staatsanwaltschaft ausgehen, der zur Sicherstellung des öffentlichen Interesses hier Parteibefugnisse übertragen sind.

Soweit ein die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache aussprechendes Urteil nicht nur in den Grenzen der hier vertretenen Auffassung, sondern auch in den an erster Stelle besprochenen Fällen für zulässig gehalten wird, unterscheidet man bezüglich des Charakters dieses Urteils ob es auf die übereinstimmenden Erklärungen der

Parteien hin ergeht oder ob es wirklich eine Entscheidung über einander widersprechende Anträge darstellt. Nur in dem zweiten Fall soll der Ausspruch nicht eine lediglich auf den Kostenpunkt beschränkte, also eine mit den ordentlichen Rechtsmitteln angreifbare Entscheidung sein, während es sich sonst um ein nach § 99,3 C. P. O. der sofortigen Beschwerde unterliegendes Erkenntnis ausschließlich über die Kostenfrage handele [73]). In den Fällen, in denen nach der hier vertretenen Auffassung solche Urteile möglich sind, tragen diese sämtlich den Charakter von Entscheidungen in der Hauptsache, mögen beide Parteien oder nur eine oder gar keine derselben den Erlaß dieses Urteils beantragt haben. Es mag dahingestellt bleiben, wie man den Antrag des an die Stelle der weggefallenen Partei Eingetretenen auf Erlaß des Erledigungsurteils überhaupt werten will. Zwar nimmt — wie unten zu zeigen sein wird — der Eingetretene hinsichtlich der Kostenfrage Parteistellung ein, aber soweit die Hauptsache in Betracht kommt, trifft das doch jedenfalls nicht zu. Also fragt es sich, ob von dieser Seite überhaupt ein richtiger Parteiantrag vorliegt. Für die Verneinung dieser Frage spricht mehr wie für ihre Bejahung. Aber auch bei ihrer Bejahung müßte berücksichtigt werden, daß in jedem Fall das Urteil nicht die Entscheidung über die gestellten Anträge, sondern ein lediglich aus der Initiative des Gerichts entsprungenes Erkenntnis über die Hauptsache darstellt, und daß, wenn übereinstimmende Anträge vorliegen sollten, es nicht die Bedeutung einer Konstatierung der vorhandenen Sachlage hat, die auch fehlen könnte.

Aus schon früher erwähnten Gründen ergibt sich, daß das Gericht das Urteil unbedingt erlassen muß, unbeschadet schon feststehender materieller oder prozessual-formeller Unbegründetheit der Klage. Weder auf Einwand des Beklagten noch von amtswegen — wenn solches sonst geboten ist — hat also das Gericht z. B. die Frage seiner Zuständigkeit zu prüfen.

---

73) So R. G. 46, S. 347; 58, S. 414; Stein zu § 99,3 C. P. O.; Lazarus S. 629, 639/40.

2. Das Urteil im Kostenpunkt.

a) Möglichkeit einer Kostenentscheidung.

§ 20.

Die so gefundene Entscheidung spricht aber nur von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, nicht dagegen von der Kostenfrage. Die Zivilprozeßordnung hat zwar keine einer solchen in der Strafprozeßordnung enthaltenen entsprechende ausdrückliche Vorschrift, daß jedes Urteil auszusprechen habe, wen die Kosten des Verfahrens träfen, aber es gilt doch in diesem Gesetz und diesem Verfahren der gleiche Grundsatz. Demnach ist das Erledigungsurteil in der Kostenfrage noch zu ergänzen, und zwar hat diese Ergänzung nicht in der gleichen Richtung wie die Entscheidung in der Hauptsache zu erfolgen; denn hinsichtlich dieser Kostenentscheidung haben wir es mit anderen Verhältnissen zu tun als dort, wo es sich nur um die Hauptsache handelte. Der Grund, warum dort kein endgültig in der Sache entscheidendes Urteil ergehen konnte, das Fehlen einer Partei, der gegenüber das zu erlassende Urteil hätte Rechtskraft erlangen können, ist hier nicht vorhanden. In dieser Frage hat die weggefallene Partei einen Rechtsnachfolger, demgegenüber das Urteil wirkt und der, wenn eine Unterbrechung des Verfahrens stattgefunden hat, den Prozeß aufnehmen muß, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß gegen ihn nach § 239 Abs. 4 C. P. O. verfahren wird. Es besteht zwar über die Struktur des Prozeßkostenersatzanspruchs, um den in dem weiteren Verlauf des Prozesses gestritten werden soll, Streit. Manche, wie etwa Waldner [74]), Görres [75]) und das Reichsgericht [76]), lehren, der Kostenersatzanspruch entstehe — wenn auch nur als bedingter — bereits mit der Rechtshängigkeit des materiellen Anspruches und das Kostenurteil stelle lediglich den Anspruch als bereits bestehend fest. Hingegen gehen die übrigen, darunter z. B. Stein [77]) und Nissen [78]), zwar auch davon aus, daß die Grundlage dieses Ersatzanspruches nicht erst im Urteile,

74) S. 6 ff. 75) S. 340 ff. 76) R. G. 52, S. 331 ff.
77) Anm. 4 vor § 91 C. P. O. 78) S. 837 ff., insbesondere S. 844.

sondern schon vor diesem existiere, aber sie fassen den Satz des zitierten reichsgerichtlichen Urteils, der Kostenanspruch sei dadurch bedingt, daß und soweit derselbe demnächst im Urteile anerkannt werde, so auf, daß das Urteil den Kostenanspruch überhaupt erst zur Entstehung bringe, vorher dagegen nur eine Anwartschaft bestehe, die Stein mit der des Eigentümers auf den Erwerb der künftigen Eigentümerhypothek vergleicht. Diese Anwartschaft repräsentiert einen Vermögenswert, sie kann die Grundlage einer Sicherheitsleistung bilden und auch abgetreten werden. Welcher Ansicht man sich auch hinsichtlich der Zeit der Entstehung und der rechtlichen Gestaltung des Kostenerstattungsanspruches anschließen möge, stets ist die Möglichkeit des Übergangs dieses Anspruches und dieser Anwartschaft von der weggefallenen Partei auf ihren Rechtsnachfolger in aktiver und passiver Hinsicht gegeben. Es steht also der Rechtsnachfolger bezüglich der Kostenfrage nicht — wie es in der Hauptsache der Fall ist — außer aller Beziehung zum Prozeß. Innerhalb dieser Grenzen kann der Prozeß mit ihm fortgesetzt werden. An dieser Stelle muß ein Einzelfall wegen der besonderen bei ihm obwaltenden Verhältnisse besonders erwähnt werden. Ist bei Beendigung des Konkursverfahrens ein von dem Konkursverwalter begonnener Anfechtungsprozeß noch nicht entschieden, so fehlt es an einem Träger des Anfechtungsrechts. Denn das Anfechtungsrecht ist im Interesse der Konkursgläubiger gewährt und nicht in dem des Gemeinschuldners, dem gegenüber die anzufechtenden Rechtshandlungen voll wirksam sind. Der Anfechtungsprozeß wird daher, da auch die einzelnen Gläubiger zur Fortsetzung des Prozesses nicht befugt erscheinen, in der Hauptsache gegenstandslos [79]). Wegen der Kostenfrage wird der Rechtsstreit statt von dem Konkursverwalter von dem Gemeinschuldner weitergeführt. Die Frage nach der Möglichkeit der Fortsetzung des Prozesses für und gegen den Gemeinschuldner läßt sich auf dem bisher besprochenen Wege nicht lösen; denn eine Rechtsnach-

79) Stein, Anm. IV, zu § 240 C. P. O.; R. G. 52, S. 331.

folge des Gemeinschuldners gegenüber dem Konkursverwalter findet, unter welchem Gesichtspunkt man auch immer des letzteren Stellung betrachten mag, nicht statt. Betrachtet man den Konkursverwalter weder als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners noch der Gläubiger, vielmehr als eine kraft eigener Befugnis auftretende Prozeßpartei, so wird es einem, selbst wenn man sich die Ansicht des Reichsgerichts, schon vor dem Urteil entstehe ein bedingter Kostenerstattungsanspruch, zu eigen macht, nach der überzeugenden Darstellung von Nissen [80]) schwer, den Gemeinschuldner darum als zur Weiterführung des Prozesses legitimiert anzusehen, weil er der Träger jenes bedingten, einen Teil der Masse bildenden Anspruches sei, den er nach Aufhebung des Konkurses zur eigenen Verfügung zurückerhalte. Auch spricht der Charakter der Kostenerstattungspflicht als einer Masse-Schuld mehr dafür, daß der Verwalter als Partei, als daß der außerhalb des Prozesses stehende Gemeinschuldner Träger dieser Verpflichtung sei. Besser bietet die von Nissen aufgestellte Theorie die rechtliche Möglichkeit, dem Gemeinschuldner für die noch der Erledigung harrende Kostenfrage die Parteirolle zuzuweisen. Zwei Hauptgründe sind es, die nach Nissen dem Gemeinschuldner die Möglichkeit der Fortsetzung des Kostenstreits eröffnen: Die Notwendigkeit, die Partei zu schaffen, die zur Regelung der Kostenfrage und zum Erlaß des Kostenurteils, auf das die Gegenpartei ein unentziehbares Recht hat, unentbehrlich ist. Ferner die weniger strenge Rücksichtnahme auf die Legitimation der Verhandelnden, wenn, wie im Falle des § 308,2 C. P. O., die Notwendigkeit von Sachanträgen entfällt. In diesem Falle soll es zur Legitimation ausreichend sein, daß es das Vermögen des Gemeinschuldners ist, das als Konkursmasse von vornherein dem Verwalter zur Verfügung stand, damit dieser daraus die Kosten des Rechtsstreits bestreite und im Falle des Unterliegens die des Gegners erstatte. Die Rücksicht darauf, daß die Kostenentscheidung Recht oder Pflicht des Gemeinschuldners be-

80) S. 846 ff.

gründe, rechtfertige es, diesem diejenige prozessuale Stellung zuteil werden zu lassen, die es ermögliche, ihm für die Kostenfrage das richterliche Gehör zu verschaffen.

b) Unmittelbare oder analoge Anwendung des § 91 C. P. O.?

§ 21.

Der Mangel einer Entscheidung in Ansehung der Hauptsache, wenigstens einer Entscheidung, die einen endgültigen Ausspruch über den Klageanspruch enthält, schließt eine Entscheidung über den Kostenpunkt nicht aus. Das geht unzweifelhaft aus der Vorschrift des § 99,3 C. P. O. hervor. Dieser Mangel aber läßt Bedenken entstehen, nach welcher Richtung hin in den zuletzt besprochenen Fällen die Kostenentscheidung ergehen und ob da, wo dem Wortlaut wenigstens des Urteils nach keiner unterliegt und keiner obsiegt, das Kostenurteil nach §§ 91 ff. C. P. O. gefällt werden kann. Denn wenn das Urteil den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so weicht sein Inhalt so sehr von dem gewohnten, dem Klageantrag stattgebenden oder die Klage abweisenden Ausspruch ab, daß man nicht ohne weiteres sagen kann, die eine Partei ist unterlegen und muß daher die Prozeßkosten tragen. Infolgedessen ist diese Frage der Kostenpflicht bei so lautenden Erkenntnissen lebhaft erörtert worden. Diese Erörterung erstreckt sich auf alle diejenigen Fälle, in denen ein den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärendes Urteil für zulässig gehalten wird. Sie gipfelt in dem Streben nach einer Antwort auf die Frage: Gibt es bei den in Frage stehenden Urteilen einen Unterliegenden im Sinne des § 91 C. P. O.? Nach welchen Grundsätzen richtet sich die Kostenentscheidung, wenn es einen solchen nicht gibt [81])?

81) Weil die Hauptsache weggefallen ist, so bekommt darum doch nicht die Kostenfrage nunmehr diesen Charakter und sie erlangt dadurch keine größere Selbständigkeit, als sie vorher hatte. Insbesondere bilden nicht, wie die Entscheidung des Hanseat. Oberlandesgerichts will (Seuff. A. 43, Nr. 295, auch 42, Nr. 148 [O. L. G. Jena]),

Die erste Frage wird nur ausnahmsweise bejaht, meist wird sie unbedingt verneint. In der Judikatur sprechen sich, abgesehen von einigen Entscheidungen der O. L. G. Breslau, Dresden, des Landgerichts in Darmstadt, insbesondere vereinzelte Entscheidungen des Reichsgerichts und des Kammergerichts [82]) für die Möglichkeit der Annahme eines wirklichen Unterliegens und damit eines auf Grund direkter Anwendung des § 91 C. P. O. gefundenen Kostenurteils aus. Bemerkenswert ist, daß bei allen diesen Standpunkt einnehmenden Erkenntnissen der Anspruch des Klägers nachträglich untergegangen ist, ohne daß der mit der Klage bezweckte Erfolg, insbesondere nicht durch eine entsprechende Handlung des Beklagten eingetreten ist. In allen solchen Fällen wird der Kläger als der Unterliegende behandelt, weil er infolge des betreffenden Ereignisses nach der veränderten Sachlage seinen Antrag nicht mehr aufrechterhalten konnte und vom Rechtsstreit abstehen mußte. Handelt es sich um den Eintritt eines von den Parteien nicht zu vertretenden Ereignisses, so wird die Kostenpflicht des Klägers, dem durch diesen Zufall (wie etwa durch eine inzwischen eingetretene Rechtsänderung) die Erreichung seines mit der Klage verfolgten Zieles unmöglich wird, damit begründet, daß der Kläger die Folgen dieses Zufalls tragen müsse [83]).

---

die bis zu dem Zeitpunkt der Erledigung entstandenen Kosten nunmehr den Hauptgegenstand des Streits, denen gegenüber die durch das Weiterprozessieren entstehenden Kosten sich als Nebenforderung darstellen. (So ausdrücklich die Entscheidungen des Bayer. Oberst. L. G. in Seuff. A. 37, Nr. 342 und 38, Nr. 342. Vgl. auch die zum Teil anders entscheidenden Erkenntnisse in Seuff. A. 39, Nr. 337 [O. L. G., Celle]; 38, Nr. 341 [O. L. G., Oldenburg]; 37, Nr. 341 [R. G.]; 52, Nr. 150 [R. G.]; R. G. 9, S. 325.)

82) R. O. L. G. 18, S. 65 (O. L. G. Breslau); 20, S. 301 (O. L. G., Breslau); Seuff. A. 40, S. 95; 67, Nr. 117 (O. L. G., Dresden); Neumann, 8. Jahrg., zu § 91 (zitiert aus der „Hess. Rechtspr." 13, 69, das Urteil des L. G., Darmstadt). R. G. in Jur. W. 1900, S. 586, 726; 1901, S. 483; R. G. 48, S. 50; R. O. L. G. 9, S. 60 (K. G.); Busch 23, S. 200 (K. G.).

83) In allen vom Reichsgericht entschiedenen Fällen lag der Wegfall des Klageanspruchs in dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung. Daß dieser Umstand für das Reichsgericht die Veranlassung gewesen sein könnte, von seiner sonst stets angewandten abweichenden

In dem vorerwähnten [84]) Falle des vom Konkursverwalter geführten, aber vor Erlaß des Urteils infolge der Beendigung des Konkursverfahrens erledigten Anfechtungsprozesses hat das Kammergericht nach diesen Grundsätzen, da die Anfechtung nicht durchgeführt werden konnte, dem Gemeinschuldner die Kosten des Verfahrens aufgelegt.

In der Literatur vertreten Gmelin und insbesondere Mannherz den Standpunkt der erwähnten Entscheidungen. Alle, welche dieser Ansicht sind, müssen, da das Urteil selbst — wenn auch ein solches in der Hauptsache vorliegt — den Unterliegenden nicht bestimmt, außerhalb des Urteils nach den Kriterien des Unterliegens suchen. Daher sagt Mannherz [85]): „An die Stelle des formellen Erfolges oder Mißerfolges, der im Ausspruch des Gerichts liegt, tritt hier das materielle, das Obsiegen und Unterliegen mit der Sache selbst". Es mag dahingestellt bleiben, ob ein solches Verfahren grundsätzlich dem Inhalt der §§ 91 und 97,1 C. P. O. gerecht wird. Jedenfalls geben diese Bestimmungen zunächst nur eine Regelung für den gewöhnlichen Fall, daß der Unterliegende und derjenige, der den Rechtsstreit mit Erfolg oder Mißerfolg geführt hat, durch das Urteil in der Hauptsache bestimmt wird. Beim Fehlen dieses Urteils taucht die Frage auf, welchen Inhalt denn der außerprozessuale Sachverhalt haben muß, um aus ihm ein Unterliegen oder Obsiegen einer Partei folgern zu können. Soweit ein Urteil in der Hauptsache vorhanden ist, bildet die Tatsache, ob und inwieweit das Urteil dem Klageantrag gemäß erkannt hat, einen sicheren, keinerlei Zweifeln ausgesetzten Maßstab für die Beantwortung unserer Frage. Was aber soll in dem anderen Falle an die Stelle dieses Maßstabes treten?

Ansicht abzugehen, geht aus den Urteilen nicht hervor. Es ist auch, wie man Lazarus (S. 603) beistimmen muß, in keiner Weise ersichtlich, weshalb es für die Kostenentscheidung von verschiedener Bedeutung sein sollte, ob der Anspruch des Klägers aus einem tatsächlichen oder gesetzlichen Grunde erlischt. Daher kann die Abweichung von der sonstigen Ansicht des Reichsgerichts keine grundsätzliche, sondern nur eine zufällige sein.

84) o. S. 61. 85) S. 76.

Soll ebenso wie der Beklagte, der den Klageanspruch erfüllt und so die Klage für gerechtfertigt erklärt, der Kläger stets als unterliegend angesehen werden, wenn er wegen eines nachträglichen Ereignisses die Klage nicht mehr aufrechterhalten kann und danach handelt? Lazarus [86]) und vor ihm schon Pfizer [87]) haben hiergegen, insbesondere was das Kriterium für das Unterliegen des Klägers angeht, berechtigte Bedenken geäußert. Beide sagen, daß in solchem Falle der Kläger ebensowenig unterliege wie der Beklagte. Denn, sagt Lazarus, nicht obsiegen und unterliegen ist zweierlei. Weiterhin ist zu bedenken: Richtig sagt Mannherz [88]), daß die Klage ein doppeltes Begehren enthalte, eines an den Gegner, daß er etwas tue, leiste, unterlasse, eines an das Gericht, daß es den Gegner dazu verurteile, oder daß es etwas feststelle oder ausspreche. Muß darum nicht auch das Unterliegen und Obsiegen, der Erfolg und der Mißerfolg sich auf diesen Inhalt der Klage beziehen und danach bemessen werden, inwieweit diesem Begehren entsprochen worden ist? Das geht aber doch nicht, wenn die begehrte Entscheidung über den gestellten Antrag gar nicht ergeht, vielmehr wegen abnormer Verhältnisse unterbleibt. Denn die Erledigungserklärung ist doch keine Abweisung des Klageantrages; sie besagt doch nur, daß sich die Entscheidung des Gerichts erübrige, da die dem Gericht zur Entscheidung unterbreitete Frage anderweitig ohne Mitwirkung des Gerichts ihre Regelung gefunden habe. Hierfür spricht auch die Bestimmung des § 98 C. P. O. Man kann diese Vorschrift zwar als eine Ergänzung des § 92 C. P. O. betrachten, insofern sie von der Annahme ausgehend, daß bei einem Vergleich im allgemeinen auf beiden Seiten das Nachgeben ein gleich großes sei und die Aufrechnung der Kosten gegeneinander ein getreues Abbild der materiellen Rechtslage biete, für diesen Fall des Vergleiches die Kostenverteilung besonders festsetze. Aber eine solche Kostenentscheidung läßt sich auch auf Grund des § 92 C. P. O. selbst treffen, da es sich gemäß der Natur des Vergleiches als eines durch gegenseitiges Nachgeben geschlossenen Vertrages, um

86) S. 607. 87) S. 106. 88) S. 75.

ein teilweises Obsiegen und Unterliegen jeder Partei handelt. Nun enthebt zwar die Vorschrift des § 98 C. P. O. das Gericht eines Eingehens auf den Inhalt des Vergleiches, was nicht zu umgehen wäre, wenn lediglich nach § 92 C. P. O. die Kostenentscheidung zu treffen wäre; denn um festzustellen, in welchem Grade jede Partei unterlegen wäre und obgesiegt hätte, müßte verglichen werden, wieviel eine jede von ihren ursprünglichen Forderungen und Anträgen preisgegeben hätte. Da aber doch diese Feststellung überhaupt getroffen werden kann, scheint es mir fraglich, ob die Bedeutung des § 98 gerade in dieser Richtung liegt. Mit derselben inneren Berechtigung wenigstens kann man den Daseinszweck dieser Vorschrift dahin auslegen, daß man sagt, sie sei notwendig, weil bei einem Vergleich die Parteien ihr Begehren nach einem Urteil fallen lassen und beim Fehlen einer Entscheidung über die Parteianträge die sonst geltenden Vorschriften über die Kostenentscheidung im Stiche lassen.

§ 22.

Es wird daher, wie gesagt, die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung des § 91 C. P. O. auf unsere Fälle mit Recht meist verneint und statt eines wirklichen Unterliegens, das es nicht gibt, ein hypothetisches Unterliegen angenommen und zur Grundlage der Kostenentscheidung gemacht. Es sollen derjenigen Partei die Kosten auferlegt werden, die unterlegen wäre, wenn über die Hauptsache auf Grund der ursprünglichen Anträge der Parteien entschieden worden wäre. Diesen Standpunkt vertreten, abgesehen von den vorerwähnten Ausnahmen, die gesamte Rechtsprechung, alle Kommentatoren sowie die sonstige Literatur, soweit nicht ihre abweichende Ansicht oben erwähnt ist. Allerdings gehen, sofern eine Rechtfertigung, in dieser Art über die Kosten zu entscheiden, gegeben wird, die Ansichten darüber auseinander, wie dieses Verfahren mit dem System und den Grundsätzen des Gesetzes in Übereinstimmung zu bringen sei. Wenn wir von Lazarus absehen, der sich, obschon nach ihm die C. P. O. kein hypothetisches Unterliegen kennt, dennoch gezwungen sieht, mangels anderer zutreffender Vor-

schriften in einem hypothetischen Urteil zur Hauptsache den geeignetsten Ausweg zu erblicken [89]), so stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

Die Entscheidung wird teils gestützt auf das den Kostenvorschriften der C. P. O. angeblich zu Grunde liegende Prinzip, daß der die Kosten zu tragen habe, wer mit Unrecht streite [90]). Teils beruft man sich auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 93 C. P. O. [91]).

Es ist unmöglich, die beiden grundlegenden Kostenvorschriften, die Bestimmungen der §§ 91 und 93 C. P. O., aus einem und demselben Grundsatz abzuleiten. Sicher rechtfertigt sich die Annahme eines ihnen gemeinsamen Grundgedankens nicht, wenn er den vorgenannten Inhalt hat. Pfizer selbst sagt, daß das Prinzip „die Prozeßkosten hat zu tragen, wer mit Unrecht streitet" keine direkte Entscheidung liefere, falls der Beklagte den Streit ablehne, sei es, daß er sich auf die Klage gar nicht einlasse oder daß er ihr stattgebe. Wenn er aber glaubt, die Entscheidung dieses Falles würde aus der Anwendung des Prinzips auf den Kläger gefunden, so kann dem nicht beigetreten werden. Denn wenn der Kläger sowohl das materielle Recht auf seiner Seite hat als auch vom Standpunkt des Prozeßrechts aus mit Recht streitet, treffen den Beklagten, der den Anspruch sofort anerkennt, also jedenfalls nicht streitet, trotzdem die Prozeßkosten. Zudem fragt es sich, welches Stadium des Prozesses für das Vorhandensein dieser Voraussetzung des mit Unrecht Streitens maßgebend sein soll. Nach § 91 kann es jedenfalls kein anderer Zeitpunkt als der des Urteils sein; denn auf die Vorgänge vorher ist dort zur Entscheidung der Kostenfrage überhaupt kein Gewicht gelegt. Bezieht man aber den Grundsatz auf diesen Moment der Urteilsfällung, so bleibt die Frage ungelöst, welcher Zeitpunkt entscheidend sein soll, wenn ein solches Urteil nicht ergeht. Wird in Beantwortung dieser Frage die Zeit des

89) S. 610/11.

90) So Pfizer, S. 107; Salinger, S. 83; R. G. in Jur. W. 1905, S. 496/7; R. G. 57, S. 385.

91) R. G. in Jur. W. 1904, S. 491/2; Stein, Anm. III, zu § 91.

Kostenurteils angenommen, so gibt das Prinzip wieder keine Aufklärung, wenn beide Parteien mit Rücksicht auf das nachträgliche Ereignis nicht mehr streiten und von dem Begehren nach einer Entscheidung über ihre ursprünglichen Anträge Abstand genommen haben.

Eine analoge Anwendung des § 93 C. P. O. ist in den hier in Frage stehenden Fällen unmöglich. Nicht als ob eine solche Anwendung überhaupt gegen Geist und Sinn dieser Vorschrift verstoßen würde; sie ist, wie wir bei der zuerst erörterten Art der Fälle gesehen haben, keinesfalls gänzlich ausgeschlossen. Wie aber § 93 C. P. O. das den Anträgen des Klägers entsprechende, den Beklagten verurteilende Erkenntnis nicht ausschließt und der Beklagte in diesem Falle seine Verurteilung nicht vermeidet, so kann auch eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf den Kläger nur ein solches Urteil in der Hauptsache zur Voraussetzung haben. Auch wäre eine analoge Anwendung von § 93 an ein dem Verhalten des Beklagten entsprechendes Benehmen des Klägers gebunden, also an die durch das Ereignis, das den Klageanspruch beseitigt hat, veranlaßte sofortige Einstellung der weiteren Verfolgung des Klageantrages. Die die Erledigungserklärung enthaltende Entscheidung aber hat, wie wir sahen [92]), auf jeden Fall, unabhängig von dem Verhalten des Klägers, also auch, wenn der Rechtsnachfolger der ursprünglichen Partei auf Entscheidung über seinen ursprünglichen Antrag besteht, zu erfolgen.

Daß die C. P. O. kein hypothetisches Unterliegen kennt, ist nur insofern richtig, als sie nicht ausdrücklich davon spricht. Die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Kostenentscheidung muß aber auch beim Fehlen einer wirklich unterliegenden Partei bei Berücksichtigung des den Kostenvorschriften zu Grunde liegenden Prinzips, daß den Unterliegenden, den mit Mißerfolg Streitenden die Prozeßkosten treffen, unbedingt zu der Annahme führen, daß auch ein derartiges Unterliegen als Grundlage für eine Kostenent-

92) S. o. § 19.

scheidung zugelassen ist. Es ist daher § 91 C. P. O. nicht seinem strengen Wortlaut nach, sondern in einer diesem Grundprinzip unmittelbar entsprechenden Gestalt zur Anwendung zu bringen [93]). Es muß zum Zwecke der Kostenentscheidung geprüft werden, zu wessen Gunsten entschieden sein würde, wenn eine Entscheidung erfolgt wäre, und dieser ist als obsiegender Teil anzusehen.

c) Abhängigkeit dieses Urteils von den Parteianträgen.

§ 23.

Eine alte Streitfrage ist es, ob wegen der Kostenentscheidung ein dahingehender Antrag der Parteien gestellt werden muß, oder ob § 308 Abs. 2 C. P. O. auch unter diesen Ausnahmeverhältnissen Anwendung finden soll und das Gericht über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen ohne Antrag zu erkennen habe. Allgemein wird angenommen, die erwähnte Bestimmung des § 308 C. P. O. habe zur Voraussetzung, daß in der Sache selbst eine Entscheidung ergehe, die ein Unterliegen begründe, daß also ein Antrag wegen der Kosten gestellt werden müsse, wenn dieserhalb überhaupt eine Entscheidung ergehen solle. Hiergegen wird nichts einzuwenden sein. Ist eine eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift des § 91 C. P. O. gestattende Entscheidung zur Hauptsache ergangen, so bedarf es zur Regelung der Kostenfrage nicht mehr einer weiteren Fortsetzung des Rechtsstreits. Der Inhalt der Entscheidung ergibt die Lösung der Kostenfrage. Das Fehlen eines solchen Erkenntnisses und das Suchen nach einer auf ein hypothetisches Unterliegen sich gründenden Kostenentscheidung macht dagegen ein Weiterführen des Prozesses in genau demselben Rahmen und Umfang notwendig, als wenn es sich um die Hauptsache handelte, da eine ideelle Entscheidung zur Hauptsache nicht zu umgehen ist. Zu dieser Fortsetzung die Parteien zu zwingen, sie zu nötigen, die noch fehlende Grundlage für die Kostenentscheidung zu beschaffen, ist das Gericht nicht in der Lage. Infolgedessen muß eine Kosten-

93) R. G. 58, S. 414; Lazarus, S. 610/11.

entscheidung unterbleiben, wenn nicht eine Partei wenigstens ihren auf den Erlaß einer solchen gerichteten Willen zum Ausdruck bringt. Allerdings wird es nicht für erforderlich gehalten werden müssen, daß die Parteien bestimmte Anträge stellen. Es kann als genügend gelten, wenn die Parteien dem Gericht auf irgend eine Weise zu erkennen geben, daß sie eine Kostenentscheidung begehren, indem sie z. B. sich auf den Antrag beschränken, wegen der Kosten, was rechtens ist, zu erkennen. Kämen Erledigungserklärungen der Parteien als unumgängliche Voraussetzung für das Erledigungsurteil in Betracht, so könnte schon in dem Antrag auf Erlaß eines solchen Urteils ein ausreichender Kostenantrag gesehen werden, da man, wie man Lazarus [94]) zugeben kann, diesen Antrag so deuten kann: „Wir bitten um ein Urteil, jedoch nicht zur Hauptsache", also um ein solches über die Kosten. Wenn auch in unseren Fällen bei Erlaß des Urteils, das den Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache für erledigt erklärt, auf die Anträge der Parteien keine Rücksicht zu nehmen ist, so spricht doch nichts dagegen, daß die nach derselben Richtung hin gestellten Parteianträge auch hier die obige Bedeutung haben. Stellen aber die Parteien solche Anträge nicht, verbleiben sie vielmehr bei ihren ursprünglichen, auf einer materiellen Sachentscheidung gerichteten Anträgen, so kann man in ihren Kostenanträgen, die sie an die ursprünglichen Anträge zur Hauptsache angeschlossen haben, die notwendige Voraussetzung für die Kostenentscheidung finden. Sind solche Anträge nicht gestellt worden, so wird, wenn sich die Erledigung der Hauptsache ergibt, das Gericht den Willen der Parteien feststellen und prüfen müssen, ob solche Anträge nur mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 308,2 C. P. O. nicht gestellt worden sind, eine Kostenentscheidung also nicht ausgeschlossen sein soll, oder ob die Parteien diesen Antrag zu stellen aus dem Grunde unterlassen haben, weil sie wirklich eine Kostenentscheidung nicht wollen. In letzterem Falle kann das Weiterverhandeln nur einen Sinn

94) S. 629.

haben, wenn es zum Zwecke einer Kostenentscheidung geschieht. Darum muß das Gericht, falls es nicht durchsetzen kann, daß die Parteien ihr widerspruchsvolles Verhalten aufgeben, trotz der entgegenstehenden Parteierklärungen für berechtigt und verpflichtet gehalten werden, lediglich auf Grund der Fortsetzung des Prozesses über die Kostenpflicht zu entscheiden.

d) Untrennbarkeit des Kostenurteils von dem Urteil in der Hauptsache.

§ 24.

Lazarus [95]) hält es unter der Voraussetzung, daß das Erledigungsurteil wenigstens formell eine Entscheidung zur Hauptsache aufweist, also auch in den hier in Betracht kommenden Fällen für zulässig, daß ein Teilurteil dahin ergehen könne: „Die Hauptsache wird für erledigt erklärt. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten". Dieser Ansicht dürfte nicht beizutreten sein. Die Umstände, die nach § 301 C. P. O. den Erlaß eines Teilurteils gestatten, und die hier, wo es sich zwar nur um eine formelle Entscheidung zur Hauptsache handelt, entsprechend maßgebend sein müssen: daß also von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder nur ein Teil eines Anspruches zur Endentscheidung reif sei, sind nicht gegeben. Denn unter „Anspruch" ist jedenfalls nicht der prozessuale Kostenerstattungsanspruch verstanden. Es kann höchstens durch Teilurteil der Rechtsstreit in Ansehung eines Teiles der Hauptsache für erledigt erklärt werden. Es muß daher, wie auch sonst Urteil in der Hauptsache und im Kostenpunkt nicht getrennt ergehen kann, so daß zuerst in einem besonderen Urteil über die erstere und dann in ebensolcher Weise über die Kostenpflicht entschieden werden könnte, in einem Urteil die Erledigung ausgesprochen und die Kostenfrage geregelt werden. Das Gericht kann daher nicht das Erledigungsurteil verkünden und, wenn der Prozeß

95) S. 640.

wegen der Kosten ins Ruhen gekommen ist, wegen des Kostenurteils warten, bis die Parteien den Prozeß wieder aufgenommen haben. Das Erledigungsurteil kann erst ergehen, wenn auch die Kostenfrage entschieden werden kann.

e) Unzulässigkeit eines Versäumnisurteils.

§ 25.

Nach dem dargestellten Charakter des Erledigungsurteils ist Erlaß desselben im Versäumnisverfahren ausgeschlossen. Bezieht sich dies auch auf den Kostenpunkt? In der Literatur ist man geteilter Ansicht. Doch kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Vorschriften der C. P. O. über das Versäumnisurteil sich nur auf das Urteil in der Hauptsache beziehen und ein Versäumnisverfahren, wie überhaupt in der Kostenfrage, so auch in unseren Fällen eine Unmöglichkeit ist. Auerbach und Wohlfahrt haben die Beantwortung dieser Frage zu sehr davon abhängig gemacht, ob die Kostenentscheidung ihre Grundlage auch ausschließlich im Parteiwillen haben könne. Mit dem Auerbach'schen Satze, daß der Richter, wenn beide Parteien dasselbe beantragten, dem entsprechen müsse, kann man die von ihm vertretene Ansicht nicht begründen. Mag auch in der C. P. O. die Bestimmung über die klageweise geltend gemachten Privatrechte der Parteivereinbarung unterliegen, so ist doch das Urteil nicht derartig dem Willen der Parteien preisgegeben, daß diese aus Recht Unrecht und umgekehrt aus Unrecht Recht machen könnten. Es sei z. B. auf das Anerkenntnis des Beklagten hingewiesen. Selbst diese in ihren prozessualen Folgen sehr weitreichende Willenserklärung hat keine unbeschränkte Wirkung. Die Vorschrift des § 307 C. P. O., die Partei sei in einem solchen Falle auf Antrag dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen, setzt ein gültiges Anerkenntnis des Klageanspruches voraus. Ungültig aber ist das Anerkenntnis, wenn sich die in der Klage behauptete und anerkannte Rechtsfolge aus dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers unmöglich ableiten läßt, wenn nach

dem maßgebenden materiellen Recht der Parteiwille überhaupt außerstande ist, die Rechtsfolge so, wie sie behauptet und anerkannt ist, zu erzeugen. Auch § 331,2 C. P. O. nimmt Rücksicht darauf, ob die von dem Beklagten als zugestanden geltenden Tatsachen den Klageantrag rechtfertigen, und läßt nur in diesem Falle ein den Beklagten verurteilendes Erkenntnis zu. Keinesfalls kann es also richtig sein, wenn Auerbach sagt, sofern es sich um die Entscheidung wegen der Kosten handele, sei der übereinstimmende Antrag der Parteien maßgebend und, falls nur der Beklagte erscheine und einen Kostenantrag stelle, sei hiernach zu entscheiden, so unbegründet nach dem sachlichen Recht er auch sein möge. Auch geht es nicht an, wie Auerbach es tut, aus der Vorschrift des § 98 C. P. O. die Befugnis der Parteien zu folgern, im Kostenpunkt den Richter bindende Vereinbarungen treffen zu können. Denn wie Wohlfahrt richtig hervorhebt, ist diese Vorschrift eine Ausnahmebestimmung, aus der sich gerade das Gegenteil ergibt.

Zum mindesten müßte, der Bestimmung des § 331 C. P. O. entsprechend, die Einschränkung gelten, daß die beantragte Kostenentscheidung nur dann erlassen werden könnte, wenn sie auf Grund der direkten oder analogen Anwendung des § 91 C. P. O. gerechtfertigt erschiene. § 331 C. P. O. ist aber gar nicht anwendbar. Denn das in seinem Nichterscheinen oder Nichtverhandeln liegende Zugeständnis des Beklagten hinsichtlich der Einwilligung in die beantragte Kostenentscheidung entspricht nicht dem des § 331, das sich nur auf die Tatsachen beschränkt, die zur Begründung der Klage behauptet werden. Nirgends ist jedoch gesagt, daß im Versäumnisfalle auch die Einwilligung des Beklagten in den Antrag des Klägers anzunehmen sei. Die Verurteilung des Klägers in die Kosten läßt sich mit der Annahme eines Verzichts nicht erklären. Legt man der Verurteilung einen Verzicht zu Grunde, so wird doch damit noch nicht die in dieser Kostenentscheidung zugleich enthaltene Verpflichtung des Klägers zur Erstattung der Prozeßkosten an den Beklagten erklärt und gerechtfertigt. Dementsprechend müßte auch wenn der Beklagte bei Säum-

nis des Klägers beantragte, ihm selbst die Prozeßkosten aufzulegen, diese Kostenentscheidung dem Verzichte des Klägers gemäß dessen Kostenerstattungsanspruch ausschließen, also einen wesentlichen Bestandteil ausscheiden. Die Versäumnis einer Partei kann also auf die Kostenentscheidung keinerlei Einfluß haben. Diese Entscheidung muß vielmehr so lauten, wie sie auch lauten müßte, wenn die säumige Partei erschienen wäre und verhandelt hätte.

Nicht ausgeschlossen ist natürlich ein hypothetisches Unterliegen der säumigen Partei auf Grund ihrer Säumnis oder ihres Nichtverhandelns. Für die hypothetische Entscheidung in der Hauptsache gelten die Grundsätze der Verhandlungsmaxime in demselben Umfange wie für die wirkliche Entscheidung. Auf diesem Wege also können die Parteien einen gewissen Einfluß auf die Kostenentscheidung ausüben.

V. Die „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" beim Untergang des Klageanspruchs vor Zustellung der Klage.

1. Der Einfluß der Klagezustellung auf den Prozeßbeginn als allgemeine Voraussetzung für die Zulässigkeit der „Erledigung des Rechtsstreits".

§ 26.

Den bisher besprochenen Fällen war die Annahme zu Grunde gelegt, daß das Ereignis, das die Beseitigung des Klageanspruches zur Folge hat, nach Beginn des Rechtsstreits eingetreten sei. Es sind nun gerade mit Bezug auf diese Fälle und aus Anlaß der Erörterung ihrer prozessualen Erledigung in Judikatur und Literatur [96]) Meinungsver-

96) Folgende Schriftsteller und Entscheidungen wurden berücksichtigt: Linckelmann, Waldstein, Pinner, Staub, Landsberg, Warneyer. Peters, Hörle, Schlichter. — Jur. W. 1903, S. 149/50 (R. G.), 237 (R. G.), Seuff. A. 59, Nr. 133 (R. G.); R. G. 15, S. 426; 54, S. 40. —

schiedenheiten entstanden über den Zeitpunkt, von dem ab man von einem Beginn des Rechtsstreits sprechen könne. Während die herrschende Ansicht als den allein maßgebenden Moment den Zeitpunkt der Klagezustellung ansieht, wodurch die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet wird, will eine Minderheit den Rechtsstreit schon mit dem Augenblick beginnen lassen, in dem zum ersten Male das Gericht sich mit der Klage befaßt, also mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung [97]). Dementsprechend soll es für die prozeßrechtliche Behandlung der vorerörteten Fälle ohne Belang sein, ob der Eintritt des betreffenden Ereignisses in die Zeit vor oder nach Zustellung der Klage falle, wenn nur die Klage bei Gericht eingereicht sei. Die Vertreter der letzteren Ansicht sind zu dieser weniger durch Erwägungen rein rechtlicher Art hingeführt worden; vielmehr glaubten sie, aus Gründen mehr praktischer Natur den Zeitpunkt des Prozeßbeginns bis zur Einreichung der Klageschrift vorrücken zu müssen. Veranlassung dazu bot auch hier namentlich wieder der Fall der Erfüllung des Klageanspruches. Man sagte sich richtig, daß nach der herrschenden Ansicht, die den Prozeßbeginn mit Rechtshängigkeit zusammenfallen läßt, der Kläger, der zwischen Einreichung und Zustellung der Klage befriedigt wird, eine unbegründete Klage erhebt und daher unter unbedingter Belastung mit den Prozeßkosten abgewiesen werden muß. Somit sei der Kläger, um Ersatz der von ihm für die Vorbereitung und Einreichung der Klage aufgewendeten Kosten zu erlangen, gezwungen, wegen dieses Erstattungsanspruches neu zu klagen, was in der Praxis nicht nur zu Weitläufigkeiten

Seuff. A. 56, Nr. 36 (O. L. G. Celle), Nr. 113 (O. L. G. Hamburg); 57, Nr. 18 (O. L. G. Karlsruhe). — R. O. L. G. 18, S. 68 (O. L. G. Kolmar). — Neumann 5., 6. und 7. Jahrg. zu § 91 C. P. O. (Es handelt sich um Entscheidungen der O. L. G. Dresden, Naumburg und des L. G. Zweibrücken.) Jur. W. 1884, S. 244: Eine von Bassermann mitgeteilte und besprochene Entscheidung des O. L. G. Karlsruhe.

97) So namentlich Staub, Warneyer und eine Entscheidung des O. L. G. Celle (R. O. L. G. 9, S. 59).

führe, sondern auch für den Kläger die Gefahr in sich berge, daß der Beklagte angesichts der neuen Klage wiederum auf die vorbeschriebene Art verfahre und die Kosten vor Zustellung bezahle, der Kläger also wiederum wegen der für die neue Klage aufgewendeten Kosten leer ausgehe. Nehme man dagegen die Einreichung der Klage bei Gericht als Beginn des Prozesses an, so könne der Kläger die um die erledigte Hauptsache ermäßigte Klage noch zustellen lassen und, geschützt vor solchem schikanösen Verhalten des Beklagten, den Kostenerstattungsanspruch weiter verfolgen.

Die Ansicht, daß der Prozeß mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht beginne, und daß Rechtshängigkeit nicht gleichbedeutend mit dem Anfang des Rechtsstreites sei, ist irreführend. Es mußte schon an anderer Stelle [98]) darauf hingewiesen werden, daß der Zivilprozeß das Vorhandensein von zwei Parteien vorausgesetzt. Die C. P. O. kennt zwar einzelne Fälle, in denen die Eröffnung eines Verfahrens und der Erlaß von Entscheidungen zulässig ist, ohne daß zunächst eine Verbindung unter den Parteien hergestellt wäre. Das Gericht wird vielmehr lediglich auf das einseitige Gesuch des Antragstellers in der Sache tätig, wie etwa im Mahnverfahren, im Aufgebotsverfahren, oder wenn es sich um Arreste oder einstweilige Verfügungen handelt. Diese Fälle aber sind ihrer Art und ihren Voraussetzungen nach Ausnahmefälle, eine ausdehnende Anwendung der sie betreffenden Vorschriften ist wegen dieses ihres Charakters ausgeschlossen [99]). Die gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten setzen für ihr Vorhandensein voraus, daß die prozessualen Beziehungen unter den beiden Parteien hergestellt sind, also die den Streit einleitende Klageschrift dem Gegner zugestellt ist. Dieselbe Bedeutung wie die Inanspruchnahme des Gerichts hat die Klagezustellung an den Gegner, aber nur beide Voraussetzungen in ihrer unzertrennbaren Gesamtheit lassen den Prozeß entstehen. Sind doch sogar Zweifel aufgetaucht darüber,

98) S. o. S. 57.
99) R. G. 45, S. 394.

ob diese Inanspruchnahme des Gerichts der Klagezustellung durch Einreichung der Klage zur Terminsbestimmung vorausgehen müsse. Das Reichtsgericht allerdings hat entschieden, Zustellung der Klage ohne Terminsbestimmung sei keine Erhebung der Klage, die Ladung zu einem bestimmten, von dem Prozeßgericht festgesetzten Termin sei notwendig [100]). Aber wie man sich auch zu dieser Frage stellen mag, das wird man zugeben müssen, daß die Bestimmung des § 261 C. P. O. doch zumeist eine Maßregel sein soll, die durch die Rücksicht auf die Ordnung des gerichtlichen Geschäftsganges bedingt ist. An sich stände es, wie es ja auch die Bestimmung des § 500 C. P. O. zeigt, mit dem Wesen der Klage und des Prozesses durchaus nicht in Widerspruch, wenn die Parteien — der Beklagte nach vorgängiger Zustellung der Klage durch den Kläger — in einer ordentlichen Sitzung des Gerichts erschienen und dort ihre Sache vortrügen. Um aber einen geordneten Geschäftsgang zu gewährleisten, kann ein derartiges Verfahren nicht als Regel eingeführt, müssen vielmehr zur Behandlung der einzelnen Sachen Termine bestimmt werden.

Auch die neu eingeführten Bestimmungen des § 496 C. P. O., die im Amtsgerichtsprozeß wie alle Zustellungen, so auch die Zustellung der Klage dem Gerichtsschreiber übertragen, vermögen hieran nichts zu ändern. Es sind dies Ausnahmevorschriften, die auf ganz andere Gründe als auf solche rein juristischer Art zurückzuführen sind. Denn sie sind Gesetz geworden, um der Vereinfachung des amtsgerichtlichen Verfahrens und der Entlastung und Unterstützung der Parteien zu dienen, die hier mit Rücksicht auf das Fehlen des Anwaltszwanges und der Unerfahrenheit und Unbeholfenheit der Parteien nötig erschien.

Die Einreichung der Klageschrift berührt den Beklagten nicht im geringsten Maße, sie begründet für ihn weder Recht noch Pflicht als Beklagter aufzutreten; ein Urteil gegen ihn ist unmöglich; alle jene prozeß- und materiell-

100) R. G. 13, S. 334; ebenfalls Seuff. A. 40, Nr. 62/3; a. A. Reuling (Jur. W. 1883, S. 57 ff.).

rechtlichen Wirkungen, die an den Prozeßbeginn geknüpft sind, treten erst mit der Zustellung der Klage ein. Die Erhebung der Klage ist der Grundstein des Prozesses, der einheitliche Zeitpunkt, in dem das Prozeßrechtsverhältnis in aller und jeder Beziehung ins Leben tritt.

Geht daher vor diesem Zeitpunkt das Recht des Klägers, auf das er seinen Klageanspruch stützen will, unter, so ist es ganz gleichgültig, wann dies geschieht, ob in dem Stadium zwischen Einreichung der Klageschrift bei Gericht und ihrer Zustellung oder ob vor diesem Zeitpunkt. Denn ein bei Landsberg angeführtes Urteil des Amtsgerichts I in Berlin sagt richtig, daß eine Klage, die sich zwischen Einreichung und Zustellung erledige, rechtlich nicht anders stehe wie eine Klage, die sich während ihrer Vorbereitung in der Anwaltsstube erledige [101]). Wird trotzdem die Klage unverändert zugestellt, so wird, was die Hauptsache angeht, eine von vornherein unbegründete, der unbedingten Abweisung ausgesetzte Klage erhoben. Es tritt also nicht, wie in den früheren Fällen, die Unbegründetheit erst w ä h r e n d des Rechtsstreits ein. Verbindet sich mit diesem Untergang des Klageanspruches noch der Wegfall des Klägers oder des Beklagten, so ist ein Prozeß für und gegen die weggefallene Partei unzulässig und rechtlich unwirksam, da ja die zweite Partei als notwendige Voraussetzung des Prozeßrechtsverhältnisses fehlt.

2. Die Erstattung der dem Kläger durch die Einreichung der Klage entstandenen Kosten bei Befriedigung des Klägers vor Klagezustellung.

a) Rechtscharakter des Kostenerstattungsanspruchs.

§ 27.

Auch in diesen Fällen liegt genau so wie bei den früher besprochenen das Schwergewicht der Erörterung nicht so sehr bei der Frage nach der Entscheidung in der Hauptsache als nach der Regelung des Verfahrens im

101) S. 240.

Kostenpunkt, indem man einen möglichst einfachen Weg haben will, dem zwischen Einreichung und Zustellung der Klage befriedigten Gegner wegen seiner durch die Vorbereitung und Einreichung der Klage entstandenen Kosten einen Titel auf Ersatz dieser Kosten gegen den Beklagten zu geben.

Für die Beantwortung der Frage, in welcher Weise der Kläger wegen dieser Kosten einen solchen Titel erlangen kann, ist ausschlaggebend, welchen rechtlichen Charakter man diesen Kosten und diesem Erstattungsanspruch gibt: handelt es sich um Prozeßkosten im Sinne der §§ 91 ff. C. P. O., oder beruht dieser Anspruch lediglich auf materiellrechtlicher Grundlage?

Nicht alle Kosten, die durch im Dienste der Rechtsverfolgung vorgenommene Handlungen entstehen, sind Prozeßkosten in dem Sinne, wie der Ausdruck in den §§ 91 ff. C.P.O. gebraucht ist. Sie können solche Prozeßkosten zwar werden, wie etwa die Kosten, die in dem Verfahren zur Sicherung des Beweises aufgewendet worden sind, oder die Kosten des Sühneversuchs in Ehesachen, aber nur wenn die Streitsache, im Interesse derer sie aufgewendet sind, rechtshängig geworden ist. Prozeßkosten, auf die sich die Vorschriften der §§ 91 ff. C. P. O. beziehen, haben den Prozeß zur Voraussetzung, der mit der Klageerhebung beginnt. Die rechtliche Natur dieser Prozeßkosten und dieses Erstattungsanspruches steht fest. Der Anspruch beruht ausschließlich auf dem Prozeßrecht, die Kosten haben ihren Entstehungsgrund in dem Prozesse selbst, sie sind in ihrem Entstehen und Bestehen von diesem abhängig und bilden ein jeder Selbständigkeit entbehrendes Annexum des Rechtsstreits. Losgelöst von dem Rechtsstreit ist ein Verfahren über die Frage des Ersatzes der Prozeßkosten nicht denkbar. Ein anderes Gericht als das Gericht der Hauptsache kann mit jener Frage nicht befaßt werden[102]). Also kann der Kläger nicht unter Ermäßigung seiner noch nicht zuge-

---

102) R. G. 22, S. 423; 30, S. 364; 66, S. 198; Seuff. A. 56, Nr. 36 (O. L. G. Celle).

stellten Klage auf den Kostenpunkt den Rechtsstreit beginnen. Es fehlte in einem solchen Falle die Hauptsache, welche die prozessuale Grundlage zu der Kostenentscheidung bildet. Wenn auch der spätere nach Klageerhebung erfolgende Fortfall dieser Hauptsache der Kostenentscheidung nicht im Wege steht, so muß doch mindestens ein Rechtsstreit über die Hauptsache durch Klagezustellung anhängig geworden sein, sonst fehlt eben der Hauptanspruch, dessen Annexum der Kostenersatzanspruch bildet und als der er nur in Verbindung mit diesem Hauptanspruch geltend gemacht werden kann.

Jedoch besteht noch eine andere Möglichkeit, einen etwaigen Anspruch des Klägers auf Ersatz dieser vor Zustellung der Klage ihm durch die Vorbereitung des Rechtsstreits entstandenen Kosten rechtlich zu begründen. Diese Kosten können sich als Aufwendungen darstellen, welche der Schuldner nach den Grundsätzen des Zivilrechts zu ersetzen hat [103]). Es ist zwar nicht richtig, wenn Staub im Anschluß an Francke dem Kostenersatzanspruch diesen Charakter ausschließlich gibt und von jeglichem Anspruch, der auf Ersatz der Prozeßkosten geht, behauptet, er sei nur hinsichtlich seiner prozessualen Geltendmachung als Appendix des Hauptanspruchs zu betrachten, im übrigen aber habe er einen selbständigen materiellen Rechtsgrund, nämlich den, daß der Beklagte dem Kläger die Prozeßkosten widerrechtlich verursacht habe [104]). Aber es können Tatbestände vorliegen, die einen den Ersatz der Kosten rechtfertigenden Grund materiellrechtlicher Art bieten, die, wenn es zum Prozeß käme, nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 91 ff. C. P. O. ersetzt werden müßten. Diese Aufwendungen des Klägers sind dann als ein von dem Beklagten widerrechtlich verursachter Schaden aufzufassen. Für die Frage nach

103) So u. a. auch Nissen S. 840—41. R. G. 10, S. 310.

104) Dagegen weist Nissen (S. 841) richtiger darauf hin, daß dieser privatrechtliche Erstattungsanspruch mit dem Augenblick der Klagezustellung sich ändert, seine bisherige Selbständigkeit aufgibt, und daß seine Beurteilung nunmehr ein Zurückgreifen auf das einschlägige Zivilrecht nicht mehr gestattet.

deren Ersatz ist vor allem der Gesichtspunkt des Verschuldens, der bei den echten Prozeßkosten gänzlich aus dem Spiele bleiben muß, maßgebend. Die Ursache kann sein die Verletzung einer Vertragspflicht, insbesondere der Verzug, oder eine unerlaubte Handlung. Unter den Begriff des durch den Beklagten verursachten Schadens müssen auch alle diejenigen Aufwendungen des Klägers fallen, die zur zweckentsprechenden Sicherung und Verfolgung seines Rechts notwendig waren. Hörle zählt hierhin die Kosten für vorbereitende Maßnahmen, wie z. B. für den amtsgerichtlichen Sühneversuch, die Bewilligung des Armenrechts, die Bestimmung des zuständigen Gerichts, die Entscheidung über den Kompetenzkonflikt, die Beweissicherung, für Arreste und einstweilige Verfügungen, für die Beschaffung von Beweismitteln, die Information des Anwaltes, die zur Verhütung des Rechtsstreits ergangenen Mahn- und Aufforderungsschreiben usw.

b) Art und Weise der Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs.

§ 28.

Demnach ist der Kläger wegen dieser Kosten, zu denen natürlich auch die durch die Einreichung der Klageschrift entstandenen gehören, nicht ohne Schutz und Anspruch auf Ersatz, wenn zwischen Einreichung und Zustellung der Klage der Anspruch in der Hauptsache — etwa durch Erfüllung — beseitigt wird. Ist der Kläger, Erfüllung wegen der Hauptsache angenommen, wegen eines auf zivilrechtlicher Grundlage beruhenden Nebenanspruchs unbefriedigt geblieben, so kann er diesen Nebenanspruch in derselben Weise wie jeden anderen Schadensersatzanspruch einklagen, nachdem er die Kosten, deren Ersatz er verlangt, ziffernmäßig berechnet und seinen Klageantrag auf die sich so ergebende bestimmte Summe gerichtet hat[105]).

105) So Seuff. A. 56, Nr. 613 (O. L. G. Hamburg); 57, Nr. 18 (O. L. G. Karlsruhe); 59, Nr. 133 (R. G.); Jur. W. 1903, S. 149/50 (R. G.); R. G. 54, S. 40 und die herrschende Meinung.

Zu der prozessualen Geltendmachung dieses Anspruches stehen dem Kläger zwei Wege zur Verfügung. Er kann eine ganz neue Klage erheben, deren Hauptanspruch der Nebenanspruch der früheren Klage bildet. Er wird dies immer tun müssen, wenn, wie es oft der Fall sein wird, aus zivil- und prozeßrechtlichen Gründen ein anderes Gericht als dasjenige, bei dem die frühere Hauptklage eingereicht war, zuständig ist. Es wird dies immer das Gericht sein, das nach den allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit sachlich und örtlich zuständig ist, so daß also, wenn die Hauptklage in einem besonderen Gerichtsstand erhoben war, stets eine neue Klage in dem allgemeinen Gerichtsstand erhoben werden muß. Wenn die verlangten Kosten den Betrag von 600 Mark nicht übersteigen und die Klage beim Landgericht eingereicht war, so ist das Amtsgericht zur Entscheidung über den Nebenanspruch berufen. Die wegen des Hauptanspruchs eingereichte und noch nicht zugestellte Klage braucht der Kläger in diesen Fällen nicht zurückzunehmen, wenn man diesen Ausdruck im Sinne des § 271 C. P. O. gebraucht. Eine Zurücknahme der Klage ist nur bei einer rechtshängigen Klage möglich [106]). Es genügt also, wenn der Kläger dem Gericht eine Anzeige von der Erledigung der eingereichten Klage gemacht und – falls es sich um eine Amtsgerichtsklage handelt — ersucht, von der Zustellung der Klage abzusehen.

Da die Klage wegen des Hauptanspruchs nur eingereicht und noch nicht erhoben ist, kann der Kläger auch, falls nicht Gründe der Zuständigkeit es erfordern, von einer gänzlich neuen Klage absehen und die erledigte Klage zur Geltendmachung des Kostenanspruches benutzen. Zu diesem Zwecke muß er die ursprüngliche Klage zugleich mit einem Nachtrage zustellen lassen, in dem er unter Erörterung

106) Ist die Klage schon zur Zustellung übergeben, so genügt es, wenn spätestens mit ihr ein Widerruf zugeht; dieser macht, da die Klage nicht lediglich eine prozessuale Willenserklärung ist, auf welche die Vorschriften des materiellen Rechts über Willenserklärungen keine Anwendung finden, die Zustellung der Klage unwirksam (vgl. Amtsgericht Darmstadt bei Busch 32, S. 355).

der erfolgten Beseitigung des Anspruches in der Hauptsache den Hauptanspruch fallen läßt und statt dessen den ziffernmäßig festgestellten Kostenerstattungsanspruch auf materiellrechtlicher Grundlage erhebt. In der Stellung dieses Antrages kann eine Klageänderung nicht gesehen werden. Denn von einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn es sich um eine rechtshängige Klage handelt. Die von der Klageänderung handelnden Vorschriften der C. P. O. setzen die Rechtshängigkeit der Streitsache voraus. Vor diesem Zeitpunkt darf die Klage beliebig geändert werden. Wenn die neue Klage auch mit der früher eingereichten ebensowenig in einem Zusammenhang steht, als wenn der Kläger sie selbständig erhoben hätte, so erscheint sie doch äußerlich als Fortsetzung der früheren Klage.

Oft wird es vorkommen, daß der Kläger so spät von der Erfüllung seines Anspruches durch den Beklagten oder von seiner anderweitigen Beseitigung erfährt, daß es ihm nicht mehr möglich ist, durch entsprechende Benachrichtigung seines Rechtsanwalts oder des Amtsgerichts die Zustellung der erledigten Klage zu verhindern, diese also rechtshängig wird. Man hat es für zulässig erklärt, daß der Kläger unter solchen Verhältnissen seinen Schadensersatzanspruch in diesem Rechtsstreit geltend machen kann. Zu dem Zwecke soll der Kläger den Klageanspruch wegen der Kosten in einem dem Beklagten zuzustellenden Ergänzungsschriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung als materiellrechtlichen Anspruch begründen und die Kosten der Höhe nach angeben [107]). Mag man auch die theoretische Möglichkeit eines solchen Verfahrens zugeben, so ist doch nicht einzusehen, was auf diese Weise gegenüber der sonst notwendigen neuen Klage vom praktischen Standpunkt aus viel gewonnen sein sollte.

Während wir, wenn der Kläger die rechtshängige Klage zurücknimmt und wegen seines Kostenerstattungsanspruches eine neue erhebt, es mit klaren und übersichtlichen

107) Hierfür insbesondere Hörle, unter anderer Voraussetzung auch Staub.

Verhältnissen zu tun haben, besteht die Gefahr, daß bei dem anderen Verfahren die Übersichtlichkeit verloren geht und dadurch insbesondere die Durchführung der Zwangsvollstreckung erschwert wird und zu Weitläufigkeiten führt. Es mag noch angehen, wenn der Beklagte auf die Zurücknahme der Klage wegen des Hauptanspruches hin kein Kostenurteil nach § 271,3 C. P. O. beantragt. Wird dieser Antrag aber gestellt und muß das Urteil diese Verpflichtung des Klägers aussprechen, während in demselben Urteil in der Hauptsache der Beklagte wegen derselben Summe kostenpflichtig zur Zahlung verurteilt wird, so gibt ein solches Urteil leicht zu Verwechslungen Anlaß und entbehrt der Klarheit, die es doch besitzen soll.

Hinzu kommt weiter, daß der Kläger nur die bezahlten Kosten ersetzt verlangen kann und es nicht genügt, wenn gegen ihn ein Anspruch auf Zahlung besteht [108]). Es wird aber oft — schon weil die Kosten noch nicht feststehen — unmöglich sein, daß der Kläger in dem Augenblick, in dem nach Zurücknahme der Klage wegen des Hauptanspruches sein als Eventualantrag geltend gemachter Schadensersatzanspruch in Wirksamkeit tritt, die Kosten, deren Ersatz er verlangt, insbesondere die Gerichtskosten der teilweise zurückgenommenen Klage sowie die Kosten, die der Beklagte auf Grund der Klagezurücknahme ersetzt verlangen kann, bereits bezahlt hat. Entsteht doch der Kostenerstattungsanspruch des Beklagten erst mit der Erklärung der Klagezurücknahme. Insoweit er diese Kosten noch nicht bezahlt hat, wäre der Kläger doch auf die neue Klage angewiesen.

Endlich sei darauf hingewiesen, daß in dem nachträglich auf das materielle Recht gestützten Antrag eine Klageänderung liegen kann. Immer braucht das allerdings nicht der Fall zu sein. Enthält schon die Klageschrift oder ein den Erfordernissen der Klage entsprechender, dem Beklagten zugestellter Ergänzungsschriftsatz einen der den mate-

---

108) Nach dem Reichsgericht kann schon die Belastung des Klägers mit der Kostenpflicht die notwendige Voraussetzung bilden (Jur. W. 1903, S. 149/50; R. G. 54, S. 41).

riellrechtlichen Kostenersatzanspruch rechtfertigenden Tatbestände, etwa die allgemeine Bezeichnung der schadenswirkenden Handlungen und wird nur ein neuer, in der Klage nicht erwähnter rechtlicher Gesichtspunkt hinzugefügt oder die rechtliche Begründung inbezug auf die Art der Entstehung des Kostenersatzanspruches ergänzt, so handelt es sich um Maßnahmen, die nach § 268 C. P. O. zugelassen sind. Denn, sagt Hörle [109]), richtig, der „Kläger braucht zur Begründung der Klage nur Tatsachen anzugeben, die die Entstehung des geltend gemachten Anspruches in seiner Person dartun sollen, und es ist lediglich Sache des Gerichts, zu prüfen und festzustellen, ob die vorgebrachten Tatsachen den Klageanspruch aus irgend einem rechtlichen Gesichtspunkt rechtfertigen". Liegt aber eine Klageänderung vor, so wird es oft von den Umständen des einzelnen Falles abhängen, ob das Gericht, wie Hörle [110]) meint, verpflichtet ist, sie auch ohne Einwilligung des Beklagten zuzulassen, weil von einer wesentlichen Erschwerung der Verteidigung des Beklagten nicht die Rede sein könne (§ 264 C. P. O.). Jedenfalls läuft der Kläger Gefahr, daß das Gericht die Klageänderung nicht gestattet, auch der Beklagte nicht in sie einwilligt. Aus allen diesen Gründen ist es für den Kläger einfacher und darum empfehlenswerter, wenn er die vor Zustellung erledigte Klage zurücknimmt und wegen der Kosten, die ihm durch diese Klage entstanden sind, eine neue Ersatzklage anstrengt.

Ist der Hauptprozeß schon soweit vorgeschritten, daß die Klagezurücknahme der Einwilligung des Beklagten bedarf, und verweigert der Beklagte diese, so kann der Kläger natürlich auch die Mehrkosten, die durch das nunmehr notwendig werdende klageabweisende Urteil ihm entstehen, von dem Beklagten ersetzt verlangen, der sie allein verschuldet hat [111]). Anderseits muß darauf hingewiesen wer-

109) S. 479.

110) S. 480.

111) Die Verurteilung des Klägers zu den Prozeßkosten in diesem Prozeß begründet für den neuen Prozeß nicht die Einrede der rechts-

den, daß es für die Frage des Kostenersatzes zugunsten des Klägers von Bedeutung ist, ob der Kläger, sobald er dazu imstande war, ohne Verzug der eingetretenen Erledigung des Klageanspruches entsprechend gehandelt hat. Ist es ihm zur Schuld zuzurechnen, daß er die Klagezurücknahme verzögert oder überhaupt nicht rechtzeitig dafür Sorge trägt, daß die Zustellung der Klage unterbleibt, so kann er die hierdurch entstehenden Mehrkosten nicht ersetzt verlangen. Fehlt es an einem materiell-rechtlichen Grunde, der den Beklagten zum Ersatz derjenigen Kosten verpflichtet, die der Kläger zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung seines begründeten Anspruches aufgewendet hat, dann allerdings muß der Kläger, dessen Klageanspruch zwischen Einreichung und Zustellung der Klage beseitigt wird, unbedingt und ohne Aussicht auf Ersatz von seiten des Beklagten die durch die Vorbereitung und Einreichung der Klage entstandenen Kosten tragen.

---

kräftig entschiedenen Sache, weil in dem neuen Prozeß die Erstattung der Kosten aus einem neuen selbständigen Grunde verlangt wird (vgl. Jur. W. 1903, S. 237/8; R. G. 66, S. 198).